

DIE

BONÆ FIDEI POSSESSIO

NACH GEMEINEM RECHT

UND DEN

IM KANTON TESSIN GELTENDEN GESETZE

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURIDISCHEN DOCTORWÜRDE

DER

HOHEN JURIDISCHEN FAKULTÄT

DER

HOCHSCHULE BERN

VORGELEGT

VON

GIOV. MARIO FUMASOLI

BERN
BUCHDRUCKEREI GEBR. FISCHER
1889


VE RI
TAS

DIE

BONÆ FIDEI POSSESSIO

NACH GEMEINEM RECHT

UND DEN

IM KANTON TESSIN GELTENDEN GESETZEN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURIDISCHEN DOCTORWÜRDE

DER

HOHEN JURIDISCHEN FAKULTÄT

DER

HOCHSCHULE BERN

VORGELEGT

VON

GIOV. MARIO FUMASOLI

BERN
BUCHDRUCKEREI GEBR. FISCHER
1889

Literatur.

Von Tigerström, Die b. f. possessio 1836.

Dr. **Rudolph Ihering,** Die Consolidation der b. f. possessio und der dinglichen Rechte durch die Analogie des Eigenthums, 1844.

Janke, das Fruchtrecht des r. Besitzers und des Pfandgläubigers, 1862.

Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869.

Köppen, Der Fruchterwerb des b. f. possessor, 1872.

Dr. **Alois von Brinz,** Zum Rechte der b. f. possessio, Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Prof. Ludwig Arndts, 1875.

Dr. **Fr. Eisele,** Der Anspruch des gutgläubigen Besitzers aus rechtswidriger Zerstörung oder Beschädignng der von ihm besessenen Sache, im Arch. f. C. Pr. Band 17, neue Folge, 1884.

Dr. **v. Czyhlarz,** Glück, Commentar. Serie der Bücher 41 und 42 I. Seite, 469—612.

Dieser Literatur-Nachweis bezieht sich ausschliesslich auf die Monographien.

Meinem Freunde

Alfred Hänni, Cand. jur.

freundschaftlichst gewidmet.

Einleitung.

Schon sind viele Jahre verflossen, seitdem die letzte Schrift über den von mir zu behandelnden Gegenstand erschienen ist. Dieselbe (es ist die hievor citirte Monographie von Prof. D[r] Alois von Brinz, † in München 1887) hat zwar bei den Romanisten viel Widerspruch und wenig Anklang gefunden; doch ist meines Wissens bis heute der Versuch, die dort ausgesprochenen Anschauungen auf Grund der Quellen zu widerlegen, nicht gemacht worden. Wenn ich es daher unternehme, die Lehre vom redlichen Besitz in Nachstehendem kurz zu erörtern, so trage ich mich nicht mit der eiteln Hoffnung, die romanistische Wissenschaft mit neuen Gedanken zu bereichern, sondern bin lediglich vom Wunsche beseelt, eine geeignetere Feder auf dieses hochwichtige Thema aufmerksam zu machen, damit endlich die vielen darüber herrschenden Streitfragen eine endgiltige Erledigung finden möchten.

Ohne mir im Uebrigen ein ausschlaggebendes Urtheil anzumaßen, glaube ich mich verpflichtet, über die controversen Punkte meine eigene Ansicht kundzugeben, da eine bloße epitomotive Zusammenstellung des Materials höchst geringen Werth hätte.

Möge denn diese meine Erstlingsarbeit günstige Aufnahme und eine sachlich strenge, mit Bezug auf meine Person aber möglichst milde Beurtheilung finden.

Bern, im Juni 1889.

Der Verfasser.

Vorbemerkung.

Ohne auf die Natur der bona fides eintreten zu wollen, stelle ich an die Spitze meiner Abhandlung eine Definition des redlichen Besitzers:

Bonæ fidei possessor heißt derjenige, welcher eine Sache, gestützt auf einen wahren oder vermeintlichen Titel, in entschuldbarer Unkenntniß der dem Eigenthumserwerb entgegenstehenden Umstände besizt.

Diese Definition, welche namentlich von Prof. Baron vertheidigt wird, steht einzig mit den Quellen im Einklang. Allerdings steht ihr ein Fragment des Pomponius (l. 32, § 1, D. 41, 3) entgegen, welches jedoch, gegenüber vielfachen Quellenzeugnissen, die zu ihrer Bestätigung angeführt werden können, wohl bloß die Sondermeinung eines einzelnen Juristen zum Ausdruck bringt und nur durch ein Versehen in die Justinianische Compilation aufgenommen ist.

I. Kapitel.

Das Wesen der b. f. possessio.

Selten ist die Natur eines Rechtsverhältnisses so bestritten gewesen, wie in unserm Jahrhundert diejenige des Besitzes und der b. f. possessio. Letztere gehört denn nicht nur zu den interessantesten, sondern wohl auch zu den schwierigsten Partien des controversen Materials. Es dürfte sich daher die Mühe lohnen, diesen Gegenstand an der Hand der Quellen neuerdings einer einläßlichen Untersuchung zu unterziehen.

Die Frage nach dem Wesen des redlichen Besitzes scheint mir am leichtesten unter Zuhülfenahme der historischen Entwicklung dieses Instituts beantwortet werden zu können, indem das jus antiquum civile, wie überhaupt jedes auf der Kindheitsstufe stehende Recht, sich durch Klarheit und Einfachheit der Begriffe auszeichnet.

Das alte Civilrecht betrachtete den redlichen Besitz als bloßes Faktum, welches sich von der malæ fidei possessio nur dadurch unterschied, daß es regelmäßig eine wesentliche Voraussetzung der Usukapion bildete. Insbesondere wurde der redliche Besitzer nicht in höherm Maße geschützt, als der Besitzer schlechthin. Mit Vollendung der Ersitzung ward der bisherige b. f. possessor eo ipso Eigenthümer; vorher aber konnte jeder Dritte ihm den Besitz ungestraft entziehen.

Wie so oft mußte der Prætor auch hier die starre Consequenz des Civilrechts durchbrechen, um dem jus æquum zum Siege zu verhelfen. In seinem Edikt verlieh er dem gutgläubigen Besitzer im Anschluß an die civilrechtliche Usucapion eine dingliche Klage (Publiciana in rem actio) unter Anwendung der Fiktion «si dominus esset» (si usu cepisset); diese Klage sollte aber nur contra quemcunque deteriorem zum Ziele führen; d. h. nicht gegenüber dem Eigenthümer und dem gleich guten redlichen Besitzer. Auch kam die Fiktion der vollendeten Ersitzung einzig im Vindikationsprozess zur Geltung, brachte also im Uebrigen keine Gleichstellung der b. f. possessio mit dem Eigenthum mit sich. Einerseits verhalf somit der Prætor dem b. f. possessor zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes, ließ ihn anderseits dagegen ohne Schutz hinsichtlich solcher Eingriffe Dritter, die unverkennbar den Stempel der Unrecht-

mäßigkeit an sich trugen (z. B. culpose Sachbeschädigung u. dgl.). Hier einzugreifen war daher den römischen Juristen vorbehalten; allein zu einem eigentlichen Princip konnten auch sie sich nicht erheben. Wie es das Verkehrsbedürfniß mit sich brachte, gewährten sie dem redlichen Besitzer eine Klage nach der andern, zögernd und mit sichtbarem Widerstreben, weil bedrückt von dem Bewußtsein, die sichern Bahnen des jus civile verlassen und eigene Wege eingeschlagen zu haben. Erst Paulus schwingt sich in l. 136, D. 50, 17 zu der grundsätzlichen Gleichstellung der b. f. possessio mit dem Eigenthume auf: «Bona fides tantundem possidenti præstat quantum veritas, quotiens lex impedimento non est». Allein von der Aufstellung dieses Prinzips bis zu seiner consequenten Durchführung war noch ein weiter Schritt, zu dem sich Paulus selbst nicht verstehen konnte. Die Zurückhaltung der römischen Juristen hatte ihren Grund namentlich auch darin, daß die Ausdehnung der Befugnisse resp. die Besserstellung des b. f. possessors vielfach nur auf Kosten des Eigenthümers geschehen konnte. Gab man z. B. dem Ersteren eine utilis legis Aquiliæ actio voll und unbeschränkt gegen Dritte, so konnte möglicherweise (bei totaler Entwerthung der Sache) der Eigenthümer ganz um sein gutes Recht kommen. Anderseits lag es in der Natur der Sache, den redlichen Besitzer, dem der Prætor die Vindicationsklage selbst gegen den weniger guten *bonæ fidei* possessor gegeben hatte, dritten *Delinquenten* (fur, corruptor servi etc.) gegenüber nicht schutzlos zu lassen. Daher erschien eine proportionale Klagberechtigung des Eigenthümers und des redlichen Besitzers, nach Maßgabe ihrer Interesse als einzig richtiges Regulativ; dies namentlich in Anbetracht der Thatsache, daß das Eigenthum an einer Sache, die sich

in fremder b. f. possessio befindet, an Werth dem vollen Eigenthum nicht gleichkommt, die daherige Werthdifferenz aber im redlichen Besitz verkörpert ist.

Zu dieser Auffassung der Dinge, aus welcher hinsichtlich deliktartiger Eingriffe Dritter eine verhältnißmäßige Klagetheilung zwischen Eigenthümer und b. f. possessor resultirt, ließen sich jedoch nur wenige römische Juristen herbei. Immerhin gibt sich eine dahin gehende, freilich halb unbewußte Tendenz in vielen Quellenzeugnissen kund (vgl. hierüber das folgende Kapitel).

Resümirend komme ich zum Schlusse, daß die Behandlung der b. f. possessio als Analogon des Eigenthums auch im klassischen Recht keine durchgängige war, daß aber doch dem redlichen Besitzer alle Ausflüsse des Eigenthums prinzipiell zugestanden wurden, soweit daraus keine direkte Benachtheiligung des dominus hervorging.

Hat nun infolge dessen der redliche Besitz seinen ursprünglich rein faktischen Charakter verloren oder, mit anderen Worten, wie haben die klassischen Juristen die b. f. possessio aufgefaßt? Dies erhellt aus l. 49 D. 50, 16; Ulpianus: «Bouorum appellatio aut naturalis aut civilis est. Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, i. e. beatos faciunt: beare est prodesse. In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quæ dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. Nam hæc omnia in bonis esse videntur.»

Hier erfahren wir zunächst, daß die Bedeutung des Wortes «bona» eine doppelte sei, indem dasselbe in natürlichem und rechtlichem Sinne aufgefaßt werden könne: Naturaliter bezeichne es den ökonomischen Vortheil, den die bona ihrem Besitzer gewähren. Zum Aktiv-



vermögen gehöre nicht bloß das Eigenthum, sondern auch die redlicherweise besessene Sache. Der Jurist unterscheidet hier nun zwar nicht zwischen bona in civilem und natürlichem Sinne und müßte man daher die res bona fide possessa auch civiliter dem Aktivvermögen beizählen.

Diesen Schluß hat die Glosse nicht ganz ohne Anschein der Richtigkeit gezogen. Allein im darauffolgenden Satz: Aeque bonis adnumerabitur etc tritt Ulpian dieser Auffassung scheinbar entgegen; danach gehört in's Aktivvermögen all' dasjenige, was vermittelst persönlicher oder dinglicher Klage gefordert werden kann. Also steht die Sache, wiewohl in fremdem Besitz, jure im Vermögen des Eigenthümers, so lange derselbe sie von jedem Dritten zu vindiziren im Falle ist. Daraus scheint nun von selbst zu folgen, daß die redlich besessene Sache nicht einen rechtmäßigen Bestandtheil der bona possessoris bilden könne. Anscheinend bestätigt dies l. 52 D. 41, 1 (Modestinus): «Rem in bonis nostris habere intellegimur quotiens possidentes exceptionem ant amittentes ad reciperandam eam actionem habemus». Diese Stelle besagt deutlich, daß man, um eine Sache (rechtlich) seinem Vermögen beizählen zu können, gegenüber Dritten mit actio und exceptio bewehrt sein müsse. In dieser Lage befindet sich nun aber der b. f. possessor keineswegs in absoluter Weise; denn gegenüber dem Eigenthümer und besser berechtigten redlichen Besitzer sind ihm Klage und Einrede versagt. Doch glaube ich dem Sinn und Geist des Modestinischen Fragments gemäß den Schluß ziehen zu dürfen, daß dem redlichen Besitzer, soweit derselbe Rechtsschutz genießt, die res possessa auch rechtlich zugehört, m. a. W., es scheint mir eine Deutung der Conjunktion «quotiens» im Sinne von

«proinde ac» der Absicht und Auffassung des Autors vollkommen zu entsprechen. So interpretirt gibt l. 52 ein genaues Bild des redlichen Besitzes nach Wesen und Inhalt: die b. f. possessio bildet ein Uebergangsstadium von der reinen Thatsache zum absoluten Recht; *sie ist ein relativ dingliches,* d. h. *nur gegen Minderberechtigte dinglich wirkendes Recht an fremder Sache von eigenthumsähnlicher Beschaffenheit.*

Derselbe Gedanke liegt auch der erstcitirten Stelle (l. 49) zu Grunde. Der scheinbare Widerspruch, daß sowohl der redliche Besitzer, als der des Besitzes entkleidete Eigenthümer «rem in bonis» hätten, löst sich sonach in höchst einfacher und befriedigender Weise: Für Letztern ist die Sache in absolutem, für Erstern in relativem Sinne ein rechtlicher Vermögensbestandtheil. Damit ist auch über eine Frage entschieden, die im nächsten Kapitel von eminenter Bedeutung sein wird, darüber nämlich, ob der redliche Besitzer an der Integrität der res possessa juristisches Interesse habe. Daß ein faktisches Interesse besteht, wird Niemand in Abrede stellen. Dadurch aber, daß solches in einem dinglichen, wenn gleich bloß relativen Rechte wurzelt, gewinnt es rechtlichen Charakter. Welchen Umfang dieses Interesse im konkreten Fall annimmt, hat der Richter nach arbiträrem Ermessen unter Zugrundelegung des der b. f. possessio innewohnenden Werthes festzustellen. Als Maßstab hiefür dient ihm zunächst der Sachwerth, dann aber, im Hinblick auf die Ersitzung, namentlich auch die kürzere oder längere Dauer des Besitzes.

Die Relativität des Rechts erstreckt sich natürlich auch auf das Interesse; d. h. letzteres fehlt dem redlichen Besitzer, sobald er gegen Besserberechtigte klagend auftritt. Potior jure ist aber selbst der Eigenthümer

nicht unbedingt, nämlich dann nicht, wenn er culposer- oder doloserweise das Recht des redlichen Besitzers antastet. Daher haftet er z. B. dem Letztern für schuldhafte Tödtung seines eigenen Sklaven mit einer actio in faktum.

Diese meine Auffassung vom Wesen des redlichen Besitzes ist keineswegs communis doctorum opinio. Der leider zu früh verstorbene Dr Alois von Brinz, ehem. Professor des Rechts in München, stellt sich auf einen etwas andern Standpunkt. An der Hand der Thatsache, daß in l. 49 D. 50, 16 (hievor citirt) die res bona fide possessa als zu den bona des Besitzers gehörend hingestellt und auch anderwärts die bonæ fidei possessio als ein «in bonis esse» bezeichnet wird, ferner gestützt auf l. 14, § 1 D. 11, 7 u. a. Stellen gelangt Brinz zum Schlusse, die Römer hätten den redlichen Besitz als eine schwächere Art des bonitarischen Eigenthums behandelt und zwar selbst dann noch, als Justinian das eigentliche dominium bonitarium dem quiritarischen Eigenthum gleichstellte. Diese Ansicht hat bis heute wenig Anklang gefunden.[1])

Wenn Brinz sich zunächst auf l. 49 D. 50, 16 beruft, so kann diese Stelle ihm sicher nur als schwaches Argument dienen. Ulpian deklarirt dort einfach die res b. f. possessa als ein Vermögensstück ihres Besitzers, wie er dies auch hinsichtlich der Superficies thut. Bei der Vieldeutigkeit des Ausdrucks «in bonis esse» kann daraus, daß derselbe auch auf die b. f. possessio angewendet wurde, eine Analogie derselben mit dem bonitarischen Eigenthum durchaus nicht gefolgert werden.

[1]) Siehe jedoch Pagenstecher II, Seite 108; ferner Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers.

Schwerer wiegt ein anderer, von Brinz aufgeführter Beweisgrund, der nämlich, daß scheinbar an einer Stelle der Bonitarier geradezu b. f. possessor genannt wird. Es geschieht dies in l. 14, § 1, D. 11, 7, Ulpian: «Si colonus vel inquilinus sit is, qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit; et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. Sed et si res legatæ sint a testatore, de cujus funere agitur, nec sit unde funeretur, ad eas quoque manum mittere oportet. *Sed si adita fuerit postea hereditas, res emtori auferenda non est, quia b. f. possessor est et dominium habet, qui auctore judice comparavit.* Legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede præstari; quod si non potest, melius est legatarium non lucrari, quam emtorem damno affici.»

Der Inhalt dieser Stelle ist leicht verständlich und bedarf daher keiner Erläuterung. — Nach Brinz hätte der Satz «sed si adita fuerit postea hereditas etc.» *den* Sinn, daß die Sachen dem Erbschaftskäufer deswegen nicht abgefordert werden könnten, weil, wer sein Recht auf richterliche Autorität stütze, bonitarischer Eigenthümer (d. h. is b. f. possessor, qui dominium [bonitarium] habet) sei. Ohne Zweifel also werde hier der Bonitarier b. f. possessor genannt und sei damit die Analogie zwischen beiden unzweideutig ausgesprochen.

Daß diese Auffassung dem Wortlaut der Stelle entspricht, ist nicht zu verkennen; nichtsdestoweniger kann ich die Ansicht von Brinz nicht billigen, erkläre mir vielmehr die Sache in folgender Weise: Zur Zeit der klassischen Juristen galt derjenige, der an öffentlicher Steigerung kaufte, als b. f. possessor: dies erhellt aus l. 137 D. de div. regulis *juris antiqui* (50, 17): Qui

auctore judice comparavit, b. f. possessor est. — Später wurde durch kaiserliche Constitutionen (v. l. 2, l. 3, C. 7, 37) der Grundsatz aufgestellt, daß, wer vom Fiscus (res fiscales) kauft, immer Eigenthümer werden sollte.[1]) Dies geschah offenbar im Interesse der staatlichen Autorität. Wie mir scheint, wurde dieses Prinzip im Laufe der Zeit auf den Fall ausgedehnt, wo Jemand eine Sache unter Mitwirkung eines Staatsbeamten (z. B. auctore judice) erworben hat. Dies um so mehr, als es auf dem Wege der Analogie geschehen konnte, indem die ratio legis sich auch hierauf erstreckte. Für das Justinianische Recht hätte demnach die l. 137 cit. lauten müssen: Qui auctore judice comparavit, dominus est. Warum sie von den Compilatoren in ihrer alten Fassung belassen wurde, ergibt sich aus der Ueberschrift des betreffenden Pandektentitels. Dagegen mußte l. 14, § 1 cit. consequenterweise im Sinne des geltenden Rechts korrigirt werden, was durch den Zusatz «et dominium habet» geschah. Ursprünglich hat daher der hier in Betracht fallende Satz der l. 14, § 1, gelautet: sed si adita fuerit postea hereditas, res emtori auferenda non est, quia b. f. possessor est, qui auctore judice comparavit. — Dagegen wird man mir einwenden, daß bei dieser Fassung die Unzuläßigkeit der Eviction in ungenügender, ja verfehlter Weise motivirt sei, indem die bona fides den Besitzer gegen Eviction nicht schütze. Dieser Einwand ist indeß leicht zu beseitigen: Der Käufer hat die Sachen mittelbar[2]) von der Erbschaft erworben, welche bekanntlich

---

[1]) Es liegt darin eine dem modernen Recht fremde Art der Expropriation.

[2]) Der judex ist blosse Mittelsperson, d. h. Stellvertreter der hereditas; er hat darüber zu wachen, dass der Verkauf regelrecht vor sich gehe.



«personam defuncti sustinet»: er leitet somit sein Recht vom Erblasser her. Würde nun der Erbe des Verstorbenen mit der rei vindicatio gegen den Erbschaftskäufer auftreten, so könnte Letzterer mit negativer Litiscontestation antworten; denn «heres in locum defuncti succedit». Dasselbe gilt offenbar auch dann, wenn nach erfolgtem Erbschaftsantritt der Legatar klagt; der Käufer (unser b. f. possessor) könnte ihm entweder negative litem contestando (beim legatum per vindicationem) oder doch mit der exceptio rei venditæ et traditæ (bei den übrigen Arten des Legats) entgegentreten. Aber aus welchem Grunde wird auf die Redlichkeit des Käufers Gewicht gelegt? Die Beschaffenheit der fides des Besitzers bleibt ja in der Regel ohne Einfluß auf die Zuläßigkeit der exc. rei vend. et trad. Wenn Jemand eine Sache wissentlich vom Nichteigenthümer erwirbt, so kann er, falls derselbe später das Eigenthum erlangt, trotz seiner mala fides excipiren. Dies gilt, wie gesagt, für die Regel. Damit aber wird jenes «quia *bonæ fidei* possessor est», von unserem Gesichtspunkte aus betrachtet, mit einem Mal unverständlich; denn wie, müssen wir uns fragen, kann die Redlichkeit des Besitzers als Grund des rem emtori auferendam non esse hingestellt werden, wenn auch der mala fide possidens der Eviction nicht ausgesetzt ist? Am Ende scheitert an dieser Klippe die ganze Combination, die wir uns so schön zurechtgelegt und — Brinz hat doch Recht! Aber halt! Wir dürfen nicht übersehen, daß die exceptio rei vend. et trad. des unredlichen Vindicationsbeklagten mitunter durch eine replicatio des Verkäufers entkräftet werden kann. Unzweifelhaft treffen die Voraussetzungen der replicatio doli gerade bei l. 14, § 1, ohne Weiteres zu, wenn wir den emtor rei legatæ als unredlich supponiren, dann nämlich

liegt der Fall so: A kauft hereditate nondum adita eine Erbschaftssache, von der er weiß, daß sie dem B legirt ist. Dieser letztere erwirbt das Eigenthum, sobald der Erbe antritt; allein seiner Vindicationsklage steht, wie oben bemerkt wurde, die exc. r. v. et tr. entgegen. Da jedoch A, wenn er von dieser Einrede Gebrauch macht, dolos handelt, so kann der Legatar replicando dieselbe elidiren. Soll daher die Eviction gegen den Erbschaftskäufer undurchführbar sein, so muß letzterer die res hereditariæ unbedingt bona fide erworben haben; für redlichen Erwerb aber spricht eine præsumptio juris et de jure, wenn der Käufer sich auf die auctoritas judicis berufen kann.

Ist nun meine Auffassung richtig, so fällt damit die Hauptstütze der Brinz'schen Ansicht. Die übrigen diesbezüglichen Stellen (siehe namentlich Gajus III, 80, l. 8 D. 41, 4, sowie l. 7, § 11, D. 6, 2) haben keine bestimmte Färbung uud beweisen jedenfalls nichts. In Bezug auf die von Brinz gleichfalls angerufene l. 17 pr. et § 1, D. 6, 1, gehe ich mit demselben bis zu einem gewissen Punkte einig: ich anerkenne nämlich die b. f. possessio als ein unvollkommenes (relatives) Recht, welchem das Eigenthum als plenum jus gegenüber steht; den Beweis dafür aber, daß die römischen Juristen den redlichen Besitz als eine schwächere Art des bonitarischen Eigenthums behandelt hätten, kann ich auch in l. 17 cit. nicht finden. Sobald sich nun das von Brinz aufgestellte Theorem nicht quellenmäßig nachweisen läßt, wird dasselbe ohne Weiteres hinfällig; denn gewichtige innere Gründe sprechen dagegen. Das Verhältniß des b. f. possessor zum dominus ist, wie Brinz, Pand. I. S. 538 ff. richtig ausführt, ein ganz anderes, als dasjenige des bonitarischen Eigenthümers zum Inhaber des nudum

jus Quiritium, jenes Scheinrechts, dem alle und jede Consistenz abgeht. Zum plenum dominium mangelt dem « in bonis esse » des alten Civilrechts fast nichts, als der Name, der b. f. possessio aber der wichtigste Theil des Rechts selbst. Wenn daher Brinz den ächten dominus, dem blos der Besitz abhanden gekommen, mit jenem Inhaber eines klaglosen Rechts, den b. f. possessor aber mit dem Eigenthümer ex jure gentium vergleicht, so nimmt er eben zu wenig Rücksicht darauf, daß dem redlichen Besitzer gerade *das* fehlt, was das eigentliche Wesen des dominium bonitarium ausmacht, nämlich Klage und Einrede dem quiritarischen Eigenthümer gegenüber. Durch die Ersitzung erwirbt der Bonitarier blos den Namen des Eigenthümers, der b. f. possessor aber das Recht desselben.

Die Differenz zwischen Brinz und mir ist indessen nicht gar so bedeutend. Sie bezieht sich im Grunde blos auf das äussere Moment der Benennung. In Bezug auf den Charakter der b. f. possessio scheint mir annähernd Uebereinstimmung obzuwalten. Immerhin gibt Brinz der Klagberechtigung und Vertretungspflicht des redlichen Besitzers eine Ausdehnung, welche nicht allein den hievor (Seite 8 u. f.) entwickelten Grundsätzen und den Quellen strikte zuwiderläuft, sondern gar mit seiner eigenen Ansicht über das Wesen der b. f. possessio nicht im Einklang steht (vergleiche darüber Cap. 2 und 4).

Im Fernern macht Prof. Dernburg eine von der meinigen abweichende Ansicht geltend. Er definirt die b. f. possessio als ein jus in re aliena, welches die Gestalt des Eigenthums hat, d. h. als ein der Emphyteusis und Superficies ähnliches Rechtsgebilde.

Dabei übersieht er aber, daß der Superficiar und Emphyteuta auch gegenüber dem Eigenthümer vollen Rechtsschutz genießen, folglich ihre Berechtigung, wenn auch nicht so umfassend, wie die b. f. possessio, doch jedenfalls viel durchgreifender, als diese, mit einem Wort, absolut dinglicher Natur ist. Nicht zu leugnen ist allerdings, daß sich der redliche Besitz am nächsten an Emphyteuse und Superficies anschließt, da er, wie diese, ein dem Eigenthum inhaltlich verwandtes Recht an fremder Sache ist. Das unterscheidende Merkmal aber, nämlich die geringere Intensität des erstern, läßt diese Verwandtschaft als eine blos äußerliche erkennen und führt mich dazu, der b. f. possessio eine Sonderstellung im Rechtssysteme anzuweisen, welche sich mit dem in gewisser Beziehung neuen Begriff der relativ-dinglichen Rechte deckt.

II. Kapitel.

Das Klagrecht der b. f. possessor.

Es ist ein Postulat der Billigkeit des von den klassischen Juristen so hoch gehaltenen «bonum et æquum», daß wir dem redlichen Besitzer, so weit dies unbeschadet den besseren Rechten Dritter geschehen kann, den vollen Rechtschutz des Eigenthums zugestehen. Unverkennbar ist von den römischen Rechtslehrern erst Paulus zu dieser richtigen Erkenntniß durchgedrungen, indem er das in jeder Beziehung meisterhafte Prinzip aufstellt: «Bona fides tantundem possidenti præstat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est».

Um die Tragweite dieser Regel zu erkennen, muß untersucht werden, welchen gesetzlichen Beschränkungen die Gleichstellung des guten Glaubens (der Redlichkeit) mit der Wahrheit unterliegt. Diese Beschränkungen sind doppelter Natur. Einmal gewährt das Civilrecht die meisten dinglichen Klagen dem dominus schlechthin; allein darüber setzte sich der Prætor hinweg, die Juristen traten in seine Fußstapfen und die geringen Ueberreste dieses äußerlichen, dem Civilrecht entstammenden impedimentum legale fallen für unsere Zeit außer Betracht (l. 11. l. 13. § 9 D. 39,2; l. 2. § 1. D. 11,7; l. 1. § 2. D. 29,5). Scheinbar unübersteiglich ist dagegen das zweite Hinderniß: Gesteht man dem redlichen Besitzer die Vortheile des Eigenthums voll und ganz zu, so muß man sie erst dem Eigenthümer entziehen, d. h. ein Unrecht begehen, um nicht unbillig zu sein. Doch so gefährlich ist dieser Widerstreit der Interessen nicht; denn erstens lassen sich gar manche Rechte, die dem Eigenthum entspringen, auf den b. f. possessor übertragen, ohne daß solche dadurch dem Eigenthümer entzogen werden. In einigen Fällen kommt ihre Geltendmachung durch den redlichen Besitzer mittelbar auch dem dominus zu gute — man denke nur an die operis novi nuntiatio. Zweitens ist eben nicht zu übersehen, daß, wie im ersten Kapitel auseinandergesetzt ist, der Werth des dominium deducta b. f. possessione hinter dem Sachwerth zurückbleibt, so daß bei fehlendem Besitz das Interesse und folgerichtig auch das Klagrecht des Eigenthümers einen reduzirten Umfang annehmen, sobald sie mit dem Klagrecht des b. f. possessor collidiren. Naturgemäß zerfällt also unser Kapitel in zwei Abschnitte. Entweder nämlich liegt der Klageanlaß in einer Verletzung der Sache selbst bezw. in einer Verminderung ihres Werthes (in-

folge der schuldhaften Handlung eines Dritten), oder er beruht lediglich auf einem, dem Rechte des redlichen Besitzers nicht entsprechenden, den Sachwerth aber unberührt lassenden Zustande. Je nachdem sich nun das Klagrecht des b. f. possessor auf diese oder jene Art von Klageanlässen stützt, ist es nach Umfang und Inhalt verschieden. Dies ist darauf zurückzuführen, daß eine Sachbeschädigung auch das Eigenthum affizirt, während das blos gegen das Rechtsverhältniß des redlichen Besitzers gerichtete Unrecht dem dominus nicht zum Nachtheil gereicht. Im ersten Falle tritt daher das absolute Recht des Eigenthümers in Collision mit dem relativen Recht des redlichen Besitzers. Diese Collision ist indessen blos eine scheinbare und werde ich im 2. Abschnitt dieses Capitels auf eine befriedigende Lösung derselben Bedacht nehmen.

Im zweiten Falle ist das Klagrecht des redlichen Besitzers gegenüber jedem Schlechtern unbeschränkt, d. h. es geht auf Herstellung des rechtmäßigen Zustandes. Damit soll nicht gesagt sein, daß dem Eigenthümer kein selbständiges Klagrecht wegen derartigen salva re geschehener Verletzungen zustehe: vielmehr ist derselbe in der Lage, seine Sache jedem Dritten abzufordern und für darauf bezügliche Rechtsstörungen Genugthuung zu verlangen. In Bezug auf das Klagrecht des redlichen Besitzers besteht die Verschiedenheit der beiden Kategorien von Rechtsverletzungen im Wesentlichen darin, daß dasselbe bei Sachbeschädigungen durch die concurrirende Klage des Eigenthümers in keiner Weise alterirt, dagegen bei Verletzungen der 2. Gattung völlig elidirt wird. Sehen wir nun, in welcher Ausdehnung die Klagberechtigung des b. f. possessor von den römischen Juristen anerkannt wurde.

1. Abschnitt. Verletzungen, die blos dem b. f. possessor gegenüber als solche erscheinen, gehören in's Gebiet der actio Publiciana. Mit dieser Klage kann der b. f. possessor den seinem relativ-dinglichen Rechte entsprechenden Zustand aufrecht erhalten, also namentlich die ihm abhanden gekommene Sache jedem deterior petitorisch abfordern. Daß ihm auch die negatoria und die confessoria in rem actio zustehen, darüber besteht heute, trotz des Mangels an darauf hindeutenden Quellenzeugnissen, kein Zweifel mehr. Diese Ausdehnung der Publicianischen Klage liegt in der Natur der Sache und ist die einfache Anwendung der Regel, daß « in majore minus ». Als Consequenz der prætorischen Fiktion der vollendeten Ersitzung erscheint auch die dem b. f. possessor ausdrücklich (l. 7. § 2. D. 10,3) eingeräumte actio communi dividundo, der wir die übrigen Theilungsklagen an die Seite stellen dürfen. Alle fernern Rechtsmittel, welche mit den genannten die Eigenthümlichkeit gemein haben, daß sie dem redlichen Besitzer ohne jedwede Benachtheiligung des dominus gewährt werden können, müssen wir, auch in Ermangelung weiterer Quellenzeugnisse, im Hinblick auf das oben citirte Paulinische Fragment (l. 136 de r. i. 50,17) als natürliche Ausflüsse der b. f. possessio betrachten; denn sobald der Eigenthümer dadurch keine Einbuße erleidet, ist nicht einzusehen, inwiefern « lex impedimento » sei. So komme ich denn zum Resultate, daß namentlich die operis novi nuntiatio, und trotz der gegentheiligen Ansicht des Ulpian und Marcellus (l. 11. l. 13. § 9. D. 39,2) auch das Recht, die cautio damni infecti zu verlangen, dem redlichen Besitzer zu gewähren sind. In l. 18 de damno infecto (39,2) spricht übrigens Paulus dem Letztern den Anspruch auf die cautio ziemlich unzweideutig zu; denn danach kann sich giltig caviren lassen

« is cujus in bonis res est »; unter diese Bezeichnung fällt aber nach l. 49. D. 50,16 auch der b. f. possessor.

Nach heutigem gemeinem Recht stehen daher (mit Ausnahme der im 2. Abschnitte zu behandelnden Klagen) dem redlichen Besitzer alle Rechtsmittel des Eigenthümers subsidiär in gleicher Intensität zu, wie dem Letztern selbst.

2. Abschnitt. Welche Gestalt und welchen Umfang nimmt das Klagrecht des redlichen Besitzers an, wenn eine Läsion der Sache den Anlaß zur Klage bildet? Verschaffen wir ihm hier volle Genugthuung, so benachtheiligen wir den Eigenthümer und umgekehrt: — das eine erscheint so unbillig, als das andere. Zwar müßte nach der im 1. Capitel enthaltenen Ausführung das absolut-dingliche Recht des Eigenthümers die blos relative Berechtigung des b. f. possessor gänzlich aus dem Felde schlagen. Allein das Recht des Letztern ist nur so lange relativ, als es durch Vindication seitens eines besser Berechtigten zu nichte gemacht werden kann. Ist daher die Vindication aus irgend einem Grunde ausgeschlossen, so steht der redliche Besitz hinsichtlich seiner Wirksamkeit dem plenum dominium gleich. Kann beispielsweise der b. f. possessor dem vindizirenden Eigenthümer mit der exceptio rei venditæ et traditæ antworten, so ist *Er* in Wirklichkeit, wenn auch nicht dem Namen nach, dominus, sein Recht also ein unbeschränktes. Aehnlich verhält es sich bei gänzlicher oder theilweiser Zerstörung der res b. f. possessa, indem alsdann jede dingliche Berechtigung an dem zerstörten Theil erlischt und damit dessen Vindication unmöglich wird. An Stelle des dinglichen Rechts tritt, falls Jemand für die Entwerthung der Sache verantwortlich ist, ein obligatorischer Entschädigungsanspruch gegen den Schuldigen. Dieser Anspruch ist ipso jure, d. h. sofort mit seiner Ent-

stehung, unter mehrere dingliche Berechtigte nach Maßgabe des ihrem Recht zukommenden Werthes getheilt; selbstverständlich tritt damit auch eine gegenseitige proportionale Beschränkung des Klagrechts ein und zwar gleichviel, welcher Art die concurrirenden dinglichen Rechte sein mögen. Neben dem Eigenthümer können daher der Emphyteuta, Superfiziar, Pfandgläubiger, Servitutberechtigte und auch der redliche Besitzer selbständig gegen den klagen, welcher die Entwerthung der Sache verschuldet hat.

So einleuchtend nun diese Klagetheilung auch ist, in den Quellen finden wir sie, wenigstens mit Bezug auf den redlichen Besitzer, nirgends expressis verbis ausgesprochen.[1] An einer Stelle, nämlich in l. 1. § 1 de servo corr. (11. 3) wird sie sogar mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen: « Qui bona fide servum emit, hoc edicto non tenebitur, quia nec ipse poterit servi corrupti agere, quia nihil ejus interest servum non corrumpi: et sane si quis hoc admiserit, eveniet, ut duobus actio servi corrupti competat, quod est absurdum. Sed nec eum, cui bona fide homo liber servit, hanc actionem posse exercere opinamur. » Dieses Fragment Ulpians, nach seinem ganzen Inhalte von keiner Seite anerkannt, gab vielen Romanisten Anlaß und Gelegenheit, sich als Meister in der Sezirkunst auszuweisen; denn an ihm wurden die denkbar kühnsten Operationen vollzogen, welche freilich in ihrer Mehrzahl die gehoffte Anerkennung nicht fanden (siehe darüber Ihering a. a. o. pag. 105). Die ganze romanistische Welt wohl ist im innersten Juristenherzen von der Unrichtigkeit der lex citata, so wie sie vorliegt, überzeugt, und laufen daher

[1]) **Vergl. jedoch Seite 32 ff. hienach.**

alle bezüglichen Interpretationsversuche darauf hinaus, ihr durch mehr oder weniger eingreifende textuelle Aenderungen einen vernünftigen, d. h. der resp. Ansicht des Interpreten angemessenen Sinn aufzupfropfen. Die Stelle bietet aber auch der Anhaltspunkte genug, welche ihre Corruption als wahrscheinlich erscheinen lassen. Zunächst fällt auf, daß der Verfasser den redlichen Besitzer für die corruptio servi deßhalb nicht haften läßt, weil demselben dieserhalb auch keine Klage zustehe. Diese Begründung ist durchaus verfehlt und läßt mit ziemlicher Sicherheit die Hand eines unberufenen Kritikasters erkennen. Ulpian würde wohl kurzweg motivirt haben: nam sua re abuti putat (cf. l. 25. § 11: l. 31. § 3 de her. pet. 5,3). Sodann widerspricht der am meisten Aergerniß erregende Satz: « Quia nihil eius interest servum non corrumpi » strikte dem von Ulpian (vide l. 49. D. 50,16; l. 11. § 8; l. 17. D. 9,2) und den übrigen großen Juristen eingenommenen Standpunkte. Entscheidend endlich ist der Umstand, daß eben dieser anstößige Satz im Basilikentexte ausgelassen ist. Wenn zu alle dem noch die viel gerügte, bei der Stylgewandtheit unseres Juristen doppelt in's Gewicht fallende sprachliche Unschönheit jenes quia-quia geziemend berücksichtigt wird, so muß Jedermann einsehen, daß die Stelle in ihrer heutigen Fassung nicht dem großen Ulpian ihr Dasein verdankt. Ich glaube es daher rechtfertigen zu können, wenn ich vorläufig von der verdächtigen l. 1. § 1 absehe und mich dem übrigen Quellenmaterial zuwende.

Sonderbar genug anerkennt Ulpian in l. 11. § 8. D. 92: sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliæ actio? et magis in factum actio erit danda: die Klagberechtigung des redlichen Besitzers hinsichtlich des

damnum injuria datum. Wie reimt sich dies zu der in l. 1. § 1 cit. behaupteten Interesselosigkeit des b. f. possessor? Setzt etwa die actio legis Aquiliæ ein rechtliches Interesse nicht voraus oder besteht vielleicht eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dieser Klage und der actio servi corrupti? Im Gegentheil! Beide haben ganz die nämlichen Voraussetzungen und auch der Klageanlaß ist derselbe (Sachbeschädigung). Hier könnte übrigens der als absurd bezeichnete Fall des « duobus actionem competere » sehr leicht eintreten, da die Klage des Eigenthümers « ex lege Aquilia » keineswegs ausgeschlossen ist (vgl. l. 38 ad legem Aquiliam 9,2).

Ohne Zweifel stehen daher die beiden angeführten Stellen in direktem Widerspruch zu einander, der entweder auf eine « sehr grosse Inconsequenz »[1]) ihres Verfassers oder auf die Unechtheit der l. 1. § 1 zurückzuführen ist. Daß wir mit der letzteren Alternative das Richtige treffen, geht hervor aus l. 27 ad. leg. Aq. 9,2. Ulpianus: Si dominus servum suum occiderit, b. f. possessori vel ei qui pignori accepit, in factum actione tenebitur. — Ulpian spricht hier dem redlichen Besitzer eine actio in factum selbst gegen den Eigenthümer zu; bedenkt man nun, welche Ueberwindung es die klassischen Juristen noch kostete, contra legem zu respondiren, so wird jeder Einsichtige in l. 17. cit. einen sicheren Beweis dafür erkennen, daß den Ulpian hiebei eine zielbewusste Ueberzeugung leitete. Deßhalb dürfen wir ihm von ferne nicht zutrauen, in l. 1. § 1 das schnurgerade Gegentheil ausgesprochen zu haben und es ist daher der Inhalt dieser Stelle, soweit er mit l. 11. § 8 und l. 17.

---

[1]) **Diesen Vorwurf erhebt Ihering a. a. O. Seite 111 und 117 gegen Ulpian; mit welchem Rechte, will ich dahingestellt sein lassen.**

D. 9,2 nicht harmonirt, als interpolirt zu betrachten.[1]) Theilt man aber auch diese meine Auffassung nicht, so bleibt immer noch der von Ihering (vgl. dessen im Eingang erwähnte Schrift, S. 115 ff.) eingeschlagene Weg zur Beseitigung der odiösen Lex übrig.

Ihering nimmt nämlich eine wahre Antinomie an, und erhält so freie Hand. Auch ich könnte dies thun und würde dann, gestützt auf die im 1. Capitel aus l. 49. D. 50,16 geschöpften Grundsätze, über das Wesen der b. f. possessio wieder zum Standpunkte der l. 11. § 8, l. 17. cit. zurückgelangen. Diesen Kreislauf glaube ich vermeiden zu können, indem ich größeres Zutrauen hege zu der Prinzipientreue Ulpians, als zu der Richtigkeit des uns überlieferten Quellentextes. Ueberhaupt scheint mir eine unangebrachte Pietät gegenüber der fraglichen Stelle obzuwalten; denn durch eine allzu zarte Rücksichtnahme auf dieselbe wird das Ansehen eines der bedeutendsten römischen Juristen auf unverantwortliche Weise untergraben, ohne daß damit der Sache selbst irgend wie gedient ist. Mögen wir nun die vielcitirte l. 1. § 1 als vollwerthiges Zeugniß gelten lassen oder nicht, immer gelangen wir zu dem Ergebniß, daß der redliche Besitzer gegen Jeden zu klagen berechtigt ist, der schuldhafterweise die res possessa beschädigt. Insbesondere hat seiner Schadensklage gegenüber die exceptio domimii keinen Erfolg. Den Grund hievon habe ich oben bereits hervorgehoben: der Eigenthümer ist blos vermöge der ihm zustehenden rei vindicatio besser berechtigt, als der b. f. possessor: sein besseres Recht

[1]) Nach meiner Ansicht hatte l. 1. § 1 ursprünglich folgende Fassung: qui bona fide servum emit, hoc edicto non tenebitur; sed nec in eum, cui bona fide homo liber servit, hanc actionem posse exerceri opinamur.



erlischt, sobald durch den Untergang der Sache die Vindication unmöglich gemacht wird. Hat er den Untergang verschuldet, so haftet er (wie jeder andere Damnifikant) dem redlichen Besitzer auf Ersatz des demselben infolge seiner Handlung entstandenen Schadens.

Welcher Maßstab nun ist bei Ermittelung dieses Schadens anzuwenden? Dies sagt uns wieder Ulpian in l. 3. § 11. D. 43,17: In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius æstimationem. « Quanti res est » sic accipimus « quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere ». Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem æstimandam quanti ipsa res est. Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis

In dieser Stelle, welche vom Interdictum uti possidetis als Schadensersatzklage handelt, wird dem Sachwerth der Werth des Besitzers gegenüber gestellt. Ein früherer Jurist (Servius Sulpicius) hatte bei Festsetzung der Schadenssumme den erstern zur Grundlage genommen. Ihm tritt Ulpian entschieden entgegen, indem er das pretium possessionis für maßgebend erklärt: denn im uti possidetis sei die Verurtheilungssumme nach dem Werth des verletzten Rechtsverhältnisses (also nach dem Interesse) zu bemessen. — In gleicher Weise spricht sich Paulus aus in l. 21. D. 4,2: Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur. Aestimatur enim quod restitui oportet i. e. quod abest. Abest autem nuda possessio cum suis fructibus. Quod et Pomponius. Wer durch Drohung den redlichen Besitzer eines Grundstücks zu dessen Tradition veranlaßt hat, haftet dem Bedrohten mit der actio quod metus auf das vier- bezw. einfache Interesse. Dasselbe besteht im

Werth des Besitzes mit Einschluß der Früchte, nicht aber im Werth des Grundstücks: Gleicherweise erstreckt sich das Klagrecht des redlichen Besitzers nicht auf die gesammte, durch die schädigende Handlung herbeigeführte Werthverminderung der res possessa, sondern ist auf den seinem relativen Recht proportionalen Theil derselben beschränkt. Ueberhaupt wissen wir ja, daß zur Zeit der klassischen Jurisprudenz der Klage des Verletzten eine bestimmte Grenze gezogen war durch die Frage nach dem Interesse, letzteres aber jeweilen nach dem Werth des verletzten Rechtsverhältnisses geschätzt wurde. So ist denn bei jeder Art von Sachbeschädigungen für die dem redlichen Besitzer zu gewährende Entschädigung der Werth der b. f. possessio maßgebend.

Allein hier machen sich neue Schwierigkeiten geltend; denn erstlich müssen wir uns fragen, ob der gegenwärtige oder zukünftige Werth in Betracht zu ziehen sei, sodann, auf welche Weise wir den Werth ermitteln können. Die erstere Frage ist bei der actio legis Aquiliæ resp. in factum leicht zu beantworten. Hier nämlich findet dasjenige Interesse keine Berücksichtigung, welches erst durch nach der Beschädigung eintretende Thatsachen begründet wird. Auf Ersatz des entgangenen Gewinns, soweit ein solcher namentlich aus der Vollendung der Ersitzung entspringen könnte, hat daher der redliche Besitzer keinen aquilischen Anspruch. Maßgebend für den letztern ist vielmehr der aktuelle Werth der b. f. possessio. Wo dagegen die der lex Aquilia eigenthümliche Art der Schadensermittlung (nach dem Werth der Sache im letzten Jahr bezw. Monat *vor* der Beschädigung) keine Anwendung findet, scheint das Klagrecht des redlichen Besitzers einen größern Umfang anzunehmen. Jedenfalls muß nach dem heutigen gemeinen Recht,

welchem bekanntlich der aquilische Schätzungsmodus fremd ist, für alle Schadensklagen der erweiterte Interesserahmen (umfassend sowohl das damnum emergens, als das lucrum cessans) platzgreifen.

Darf nun bei Feststellung des Schadens die Möglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Usukapion mitberücksichtigt werden oder, m. a. W., fällt dieselbe unter den Begriff des entgangenen Gewinns? Offenbar nicht! Das lucrum cessans besteht nämlich in dem Nachtheil, den Jemand dadurch erleidet, daß er an der Realisirung eines Gewinns verhindert wurde, welcher ihm *nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge* zugefallen wäre.[1]) Derart ist nun die Möglichkeit der Ersitzung, die ja ganz von unberechenbaren Momenten beeinflußt ist, keineswegs beschaffen. Die Wahrscheinlichkeit der Eviction ist durchschnittlich ebenso groß, als diejenige der Usukapion. Ein entgangener Gewinn kann demnach gar nicht in Frage kommen. Folglich ist dem redlichen Besitzer eine Klage blos bis zum Belaufe seines aktuellen Interesse zu gewähren. Derselbe erleidet dabei umsoweniger eine Vermögenseinbuße, als durch die Beschädigungshandlung entweder (bei gänzlicher Vernichtung der res possessa) die Gefahr der Eviction völlig von ihm abgewendet, oder aber dann (bei theilweiser Zerstörung der Sache) die Möglichkeit der Ersitzung gar nicht ausgeschlossen wird. Als Grundlage für die Ermittlung des Schadens dient somit das pretium b. f. possessionis zur Zeit der Beschädigung. Nach welchen Prinzipien aber ist dasselbe festzustellen? Bei Beantwortung dieser Frage ist auf die Faktoren Rücksicht zu nehmen, welche für den Werth des redlichen Besitzes von bestimmender

---

[1]) Dagegen Mommsen, Beiträge II., 183/34.

Bedeutung sind: d. h. in erster Linie auf den Werth und die Beschaffenheit der Sache, sodann auf die Zeitdauer des Besitzstandes. In Bezug auf den 1. Faktor ist eine weitere Erörterung überflüssig. Was den 2. Werthfaktor anlangt, so liegt auf der Hand, daß die Wahrscheinlichkeit der Ersitzung um so größer wird, je länger der redliche Besitz dauert (wiewohl die Möglichkeit der Eviction bis zur Vollendung der Ersitzung fortbesteht). Daher hat offenbar der neunjährige redliche Besitz eines Immobile bedeutend höheren Werth, als der einjährige.[1])

Damit freilich, daß für die Taxirung der b. f. possessio die objektiven Anhaltspunkte gefunden sind, ist deren Schwierigkeit noch keineswegs gehoben. Es würde sich erst noch darum handeln, für den Einfluß, welchen die zeitliche Dauer der b. f. possessio auf deren Werth äußert, den richtigen Maßstab nachzuweisen. In konkreten Fällen muß sich der Richter fragen: Wie hoch soll ich den 1-, 2-, 4-.... 9-jährigen, redlichen Besitz schätzen? Damit fällt die andere Frage zusammen: Wie groß ist die Wahrscheinlichkeit der Ersitzung beim 1-, 2-, 3-, 4-.... 9-jährigen Besitz? Diese Frage nach mathematischen Regeln richtig zu beantworten, gehört in den Bereich des Unmöglichen. Wohl könnte durch genaue Statistik die Häufigkeit der Evictionsfälle in den einzelnen Besitzesstadien konstatirt werden; allein die Gesammtzahl der Fälle redlichen Besitzes und folglich

---

[1]) Die Richtigkeit dieses Satzes wird für Jedermann einleuchtend, wenn ich an die Verloosung erinnere. Abgesehen von der Beschaffenheit der zu verloosenden Gegenstände hat jedes Loos um so höheren Werth, je grösser die Gewinnchancen sind. So günstig indessen dieselben auch sein mögen, für den Einzelnen ist die Möglichkeit, eine Niete zu ziehen, durchaus nicht ausgeschlossen. Dagegen Eisele l. c., Seite 50 unten.

auch das numerische Verhältniß der Ersitzungs- zu den Entwehrungsfällen entziehen sich jeder Berechnung. So wäre denn der Richter auf sein eigenes Ermessen angewiesen — sicherlich nicht zum Vortheil der wahren Gerechtigkeit und einer conformen Rechtspflege! — —

Wir haben eben gesehen, daß der Eigenthümer dem redlichen Besitzer für die schuldhafte Tödtung des servus b. f. serviens haftet. Kann nun umgekehrt etwa auch der b. f. possessor auf Grund seiner eigenen Beschädigungshandlung vom Eigenthümer in Anspruch genommen werden? Natürlich nicht (v. l. 25. § 11; l. 31. § 3 D. 5,3); wohl aber haftet er, wenn die Handlung von seinem Sklaven ausging. l. 38. ad. l. Aq. 9,2, Javolenus: Si eo tempore quo tibi meus servus quem bona fide emisti serviebat, ipse a servo tuo vulneratus est, placuit omnimodo me tecum recte lege Aquilia experiri. Ohne Zweifel muß indessen der redliche Besitzer nicht den gesammten objektiven Schaden tragen, sondern steht bloß ein für die Proportionalquote, welche auf den Werth des dominium deducta b. f. possessione entfällt. Diese *wechselseitige* (offenbar nur *beschränkte*) Klagebefugniß und Haftung des Eigenthümers und des redlichen Besitzers bildet den vollgiltigen Beweis dafür, daß bei Sachbeschädigungen seitens dritter Personen, beide pro rata parte, d. h. nach Verhältniß des ihrem Recht zukommenden Werthes klagberechtigt sind. — Zwischen b. f. possessor und dominus greift also in diesem Falle eine Klagetheilung nach Maßgabe des beidseitigen Interesse Platz.

Diese Klagetheilung findet selbstverständlich bloß Anwendung bei Delicten, welche eine Verminderung des Sachwerthes zur Folge haben, also namentlich:

1. Beim damnum injuria datum heute bei schuldhafter Sachbeschädigung überhaupt (actio leg. Aq. resp. in factum, de positis et suspensis. de effusis et dejectis, de pastu, de pauperie etc.).
2. Bei der servi corruptio. Dieselbe fällt für das moderne Recht außer Betracht. — Dagegen dürften vielleicht heute
3. Eingriffe in das sogenannte geistige Eigenthum an Werken der Kunst und Literatur, sowie an gewerblichen Erfindungen berücksichtigt werden; denn sobald man in Bezug auf Geistesprodukte berechtigterweise von Eigenthum sprechen kann, ist auch ein redlicher Besitz an solchen denkbar.

So sonderbar dies klingen mag, so leicht läßt sich die Richtigkeit dieser Folgerung erweisen, was ich durch ein Beispiel versuchen will:

A. gibt ein literarisches Werk heraus und behält sich das Uebersetzungsrecht ausdrücklich vor. Nichtsdestoweniger veranstaltet N. furtive eine Uebersetzung in irgend eine fremde Sprache und überträgt sodann seine angemaßten Autorrechte auf B., welcher bona fide das Werk publizirt. Falls nun hievon ein strafbarer Nachdruck in's Werk gesetzt würde, so müßte m. E. im Geltungsgebiete des gemeinen Rechts die privatrechtliche Klage (auf Schadensersatz) zwischen dem Auctor verus und bonæ fidei nach Verhältniß ihres Interesse getheilt werden.[1])

Zu einer zwar für das moderne Recht unpraktischen, immerhin aher interessanten Frage gibt l. 74. D. 47,2 Anlaß. Einige Romanisten, unter ihnen vorzugsweise

---

[1]) Dasselbe wird hier von andern Faktoren beeinflusst, als da, wo es sich um eine körperliche Sache handelt.

der kürzlich noch in Bern, gegenwärtig aber in Bonn wirkende Prof. Dr. Julius Baron, sehen nämlich in dieser Lex eine Anwendung des Theilungssystems auf die actio furti, womit der untrügliche Beweis dafür erbracht wäre, daß die Klagetheilung schon im römischen Recht zur Geltung kam. Jene Stelle lautet: furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus. Quæro quanta æstimatio pro utroque fieri debet. Respondit: emptori duplo, quanti ejus interest æstimari debet; domino autem duplo quanti ea mulier fuerit. Nec nos movere debet quod duobus pœna furti præstabitur: quippe cum ejusdem rei nomine præstetur, emptori ejus possessionis, domino ipsius proprietatis causa præstanda est.

Der hier behandelte Fall ist eigenthümlich beschaffen. Eine Sklavin, ihrem Herrn gestohlen, gelangt durch Kauf an einen redlichen Dritten, dem sie ebenfalls entwendet wird. Sowohl der Eigenthümer, als der b. f. possessor belangen den 2. Dieb mit der actio furti, und nun entsteht die Frage, wie viel der letztere jedem der beiden Kläger zu leisten hat. Der Verfasser der Stelle (Javolenus) spricht dem Eigenthümer das doppelte dessen zu, was die Sklavin werth war, dem redlichen Besitzer aber das doppelte Interesse. Dies veranlaßt Brinz (a. a. O. pag. 121) zu der Annahme, es habe Attius (der 2. Dieb) auch das erste Furtum begangen; denn statt auf's doppelte hafte er in casu auf's vierfache Interesse, was sich nicht rechtfertigen lasse, sobald ihm nur *ein* Diebstahl zur Last falle; man könne den Dieb nicht dafür strafen, daß die Sache zweierlei Herren habe. Diese Ausführung ist vollkommen richtig, wenn Javolen, wie Brinz annimmt, den Dieb wirklich zum vierfachen rei pretium verurtheilt.

Anscheinend ist dies der Fall; denn: emptori duplo, quanti ejus interest æstimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. Allein Baron macht darauf aufmerksam, daß der Jurist in der nachfolgenden Begründung seines Urtheils dieses Letztere selbst modifizirt: Die Diebstahlstrafe ist dem redlichen Besitzer wegen seines Besitzes, dem Eigenthümer aber um der Proprietät willen zu leisten und was anderes sollte unter Proprietät zu verstehen sein, als eben das dominium deducta b. f. possessione! Damit könnten wir uns um so eher befreunden, als die Werthdifferenz zwischen jener sogen. Proprietät und dem vollen Eigenthum wegen der in casu vorliegenden Unmöglichkeit der Ersitzung[1]) ganz minim und deßhalb der ursprüngliche Entscheid Javolens (domino æstimari debet duplo, quanti ea mulier fuerit) erklärlich ist. Derselbe enthielte also nicht, wie Brinz behauptet, eine Multiplication der Werthe; vielmehr würde die Diebstahlstrafe unter die Berechtigten vertheilt, so zwar, daß der redliche Besitzer eine dem doppelten Werth seines Besitzes entsprechende Quote und der Eigenthümer den nach Abzug derselben sich ergebenden Rest der pœna furti erhielte. Dieser Interpretation der l. 74 steht jedoch ein gewichtiger Einwand entgegen. Die Klagetheilung nämlich kann, wie Ihering (a. a. O., Seite 115) richtig ausführt, blos bei werthvermindernden Delicten platzgreifen; denn nur in diesem Falle tritt Interessenkollision zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer ein.

Durch das Furtum wird nun lediglich das nämliche Verhältniß des Besitzers zur Sache betroffen; also jeden-

---

[1]) **Res furtivæ sind schon nach den XII Tafeln der Ersitzung entzogen und kommt daher in unserm Fall bei der Abschätzung der b. f. possessio blos das Fruchtrecht in Betracht.**



falls die Stellung des Eigenthümers rechtlich in keiner Weise verschlechtert: Letzterer kann auch vom Dieb vindiziren,[1]) weßhalb nicht einzusehen ist, inwiefern er mitinteressirt sei, wenn seine Sache dem redlichen Besitzer gestohlen wird.

Zwar dürfte thatsächlich die rei vindicatio gegenüber dem Dieb selten durchführbar sein, da dieser sich in der Regel der Sache rasch entäußert oder dieselbe unkenntlich macht. Allein diese Schwierigkeit der Vindication könnte rechtlich jedenfalls nur in Betracht kommen, soweit daraus dem Eigenthümer ein Vermögensnachtheil erwächst.[2]) Daher ist sie juristisch irrelevant, wenn der Dieb überhaupt belangt werden kann. Zudem würde sich hier die actio furti schon nach den Regeln über Causalnexus nicht rechtfertigen; denn die Thatsachen, durch welche die Vindication erschwert wird (z. B. Verkauf außer Landes, Unkenntlichmachung) treten erst nach begangenem Furtum ein.

Nach den Grundsätzen des strengen Rechts wäre sonach der Eigenthümer von der Diebstahls-Strafklage wegen mangelndem Interesse dann ausgeschlossen, wenn der b. f. possessor, nicht *Er* der Bestohlene ist.

Indessen verlangt in diesem Falle die æquitas eine Abweichung vom strikten Rechtsstandpunkte. So wenig man sonst auf die Kaste der Diebe Rücksicht zu nehmen pflegt, in einer Beziehung muß das Recht ihren Wünschen Rechnung tragen, darin nämlich, daß der gleichen Schuld die gleiche Strafe werde.[3])

---

[1]) Der Dieb haftet selbst dann, wenn die Sache, sei es vor oder nach der Litiskontestation, durch casus untergegangen ist.

[2]) Die actio furti geht bekanntlich auf's doppelte *Interesse*.

[3]) Sonst heisst es leicht: Die kleinen Diebe hängt man, die grossen lässt man laufen.

Wie Brinz es unbillig findet, den Dieb deßhalb doppelt büßen zu lassen, weil die Sachen zwei Herren hat, so fanden es die Römer, so finden auch wir es ungerecht, daß der fur in geringerem Maße bestraft werde, weil der Bestohlene blos redlichen Besitz nachweisen kann.

Wie viele Quellenzeugnisse (l. 27, l. 32 pr. l. 46. § 1. l. 67. § 1, l. 87 de furtis [47,2]) beweisen, kam nun aber die auf das furtum gesetzte Privatstrafe dem doppelten Interesse gleich. Das Interesse des redlichen Besitzers ist verkörpert im Werth der b. f. possessio, sein Strafanspruch also bedeutend geringer, als derjenige des bestohlenen Eigenthümers. In l. 74 cit. war die dem b. f. possessor entwendete Sache schon vorher res furtiva und daher nicht ersitzungsfähig, weßhalb die an den Bestohlenen zu leistende Strafsumme selbst für den Dieb eine lächerliche Kleinigkeit bedeutete. Wollte nun der Richter den Letztern nicht direkte zu fernern Diebereien aufmuntern, so mußte er nothwendig den Eigenthümer als klagberechtigt anerkennen. Warum sollte er dies nicht, da ja anderwärts « odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur » dem Bestohlenen eine Klage[1]) concedirt ward, deren Intentio eigentlich etwas juristisch Unmögliches enthielt? Auch war es um so eher gerechtfertigt, als Attius die Sklavin wahrscheinlich getödtet oder sonstwie nachtheilig auf ihren Werth eingewirkt hatte;[2]) denn dadurch erhielt das evidente faktische Interesse des Eigenthümers am Diebstahl gewissermaßen einen rechtlichen Untergrund.[3]) Bedenken

[1]) **Nämlich die condictio furtiva, cff. § 14. J. 4, 6; Gai 4, 4.**

[2]) **Ich vermuthe dies aus den Worten: domino autem (æstimari debet) duplo quanti ea mulier *fuerit*.**

[3]) **Die actio in rem (gegen jeden Dritten) geht über in eine actio in personam (Schadenersatzklage gegen den Dieb).**

wir endlich, daß l. 50. D. 47,2 nicht das doppelte Interesse, sondern den doppelten Sachwerth als pœna furti (nec manifesti) bezeichnet, und daß damit wohl deren Minimum fixirt werden soll, so können wir die Entscheidung Javolenus (nach der Auslegungsweise von Prof. Baron) auch vom juristischen Standpunkte aus nicht schlechthin verwerfen.

In diesem Falle aber gebührt der Ansicht von Baron unbedingt der Vorzug vor jener durch Brinz und Ihering[1]) vertretenen Interpretation der l. 74 cit.; denn letztere scheint mir mit dem Wortlaut der Stelle geradezu im Widerspruch zu stehen.

Wenn nämlich Attius beide Diebstähle beging, so bedurfte die Verurtheilung zur doppelten Leistung der pœna furti keiner besondern Rechtfertigung. Allein die daherige Vermuthung ist völlig aus der Luft gegriffen; kauu man doch gewiß von einem römischen Juristen erwarten, daß er in der Geschichtserzählung (narratio facti) nicht gerade diejenige Thatsache mit Stillschweigen übergehe, welche für die Klagbegründung unerläßlich ist.[2])

Trotzdem möchte ich nicht behaupten, daß etwa die von mir adoptirte Auffassung meines verehrten Lehrers über jeden Zweifel erhaben, und demzufolge die Klagetheilung schon von den römischen Juristen anerkannt und angewendet worden sei. Wie mir scheint, wollte Javolenus in l. 74 vielmehr den Gedanken zum Ausdruck bringen, daß man um der wahren Gerechtigkeit willen ausnahmsweise selbst von den Grundprinzipien des Rechts

---

[1]) Dass Ihering die Meinung von Brinz theilt, geht aus seiner mehrerwähnten Schrift, Seite 116, Note 4, deutlich hervor.

[2]) Unerlässlich wenigstens nach der Ansicht von Ihering; aber auch nach meinem Dafürhalten gehört jener Umstand zum Fundament der Klage des Eigenthümers, vorausgesetzt eben, dass Letzterer gleichfalls von Attius bestohlen wurde.

abgehen dürfe. Wenn daher in jener Stelle die Klagetheilung wirklich anerkannt wird, so ist dies eher auf die Besonderheiten des betr. Falles, als auf die grundsätzliche Approbation des Theilungssystems durch unseren Juristen zurückzuführen. Letzterer hat m. E. die Klagberechtigung des Eigenthümers hinsichtlich des furtum blos aus Opportunitätsrücksichten, als momentanes Auskunftsmittel, anerkannt.

Sei dem nun, wie ihm wolle, soviel ist sicher, daß die Konsequenz der römischrechtlichen Regeln über die b. f. possessio in der Klagetheilung (bei Realläsion) gipfelt und daß Letztere schon zur Zeit der klassischen Jurisprudenz materiell zur Anwendung kam.

Zum 1. Abschnitt dieses Capitels ist zu bemerken, daß die dort aufgestellten Thesen größtentheils auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin stehen. Dagegen ist der 2. Abschnitt seinem ganzen Inhalte nach bestritten.

von Tigerström (vgl. dessen eingangs citirte Abhandlung, Seite 46 ff., Seite 104—106) will auch hier die Fiction der vollendeten Ersitzung wirken lassen, d. h. dem redlichen Besitzer bis zur Eviction ein unbeschränktes Klagrecht einräumen. Ihering beleuchtet die *formellen* Mängel dieser Theorie, indem er namentlich darauf hinweist, daß die Fiction auf das enge Gebiet beschränkt bleiben müsse, worauf der Gesetzgeber sie bezieht. Die Dichtung der vollendeten Ersitzung sei nur für den ganz speziellen Zweck einer bestimmten Klage aufgestellt worden und dürfe demnach nicht als Ausdruck einer allgemeinen Rechtswahrheit gelten. Es setze deßhalb ein ganz unbegreifliches Mißverständniß der Fictionen voraus,

wenn von Tigerström den b. f. possessor in allen Beziehungen dem Eigenthümer gleichstellen wolle, weil er ausnahmsweise einmal als solcher fingirt werde.

Meine Aufgabe würde nun darin bestehen, die *materiellen Nachtheile* jener Theorie auseinander zu setzen. Da Letztere jedoch mit dem später zu behandelnden System von Brinz hinsichtlich der praktischen Konsequenzen annähernd zusammenfällt, so verweise ich blos auf meine dortige Kritik. Hier möchte ich blos hervorheben, daß Brinz, als heftiger Gegner der Fictionen überhaupt, alle Befugnisse des redlichen Besitzers (von der publicianischen Klage abgesehen) nicht ex analogia, sondern aus dem eigensten Wesen der b. f. possessio herleitet. Weit entfernt, mit von Tigerström einig zu gehen, halte ich doch dafür, daß die vielfachen Beziehungen der b. f. possessio zum Eigenthum großen Einfluß auf die rechtliche Gestaltung derselben geäußert haben. Nachdem aber die b. f. possessio einmal als relativ-dingliches Recht anerkannt war, nahm sie eine durchaus selbständige Stellung ein und wurde geschützt um ihrer selbst willen.

Die Tigerström'sche Fictionstheorie ist neuerdings wieder aufgenommen und in vermehrter und verbesserter Auflage edirt worden von Prof. Eisele in Freiburg. (Archiv f. d civ. Praxis, Bd. 67, S. 41—93.) Die Darstellung derselben verdient alles Lob und hat jedenfalls, weil zugleich in Verbindung gebracht mit der D. C. P. O., für den Praktiker etwas ungemein Verlockendes. Ich meinerseits gestehe gerne zu, daß die Schrift von Eisele auf mich den Eindruck eines in allen Theilen wohldurchdachten und konsequent nach der Fundamentalprämisse durchgeführten Opuskels gemacht hat. Aber eben diese Prämisse ist absolut falsch und mit ihr fällt

der darauf errichtete kunstgerechte Bau. — Nachdem Eisele mit einigen, wie mir scheint, unendlich schwachen Argumenten[1]) (er führt u. A. l. 136 de r. i. 50,17 als Beweissatz gegen die Klagetheilung an) gegen Ihering zu Felde gezogen, läßt er sich folgendermaßen vernehmen: « Es scheint also nichts dem im Wege zu stehen, daß wir die Frage, wie es sich in unserem Falle mit der Zuständigkeit der aquilischen Klage verhalte, in Konsequenz derjenigen Prinzipien beantworten, welche bei Gestaltung der actio Publiciana und bei deren weiterer Ausdehnung wirksam gewesen sind. Dies führt dazu, die aquilische Klage dem Ersitzungsbesitzer in demselben Umfange, wie einem Eigenthümer zu geben, ohne sie darum dem Eigenthümer zu nehmen oder zu schmälern; dabei festzuhalten, daß der Beschädiger, wenn er auch zweien haftet, doch nur einmal den vollen Schadenersatz zu leisten schuldig ist; endlich eine wirkliche Konkurrenz des Eigenthümers und der b. f. possessio in der Weise zu vermeiden, daß Letzterer dem Erstern, wenn sich einmal beide gegenüberstehen, weichen muß — Ausnahme vorbehalten — in welchem Falle dann der b. f. possessor sich auf das obligatorische Verhältniß zu seinem Auctor zurückzieht. Wir haben also hier einen Fall von Solidarität (soll wohl bedeuten *active Correalität*) und zwar in der Weise, daß jeder der beiden Gläubiger dem Schuldner gegenüber gleichviel vermag, während der eine gegenüber dem andern der schwächere ist. »

Es geht daraus hervor, daß Eisele die Fiction der verflossenen Ersitzungsfrist auf die actio leg. Aquil. ausdehnen will; dadurch zieht er sich den scharfen Vorwurf zu, den Ihering gegenüber von Tigerström ausge-

[1]) Seite 53 ff. a. a. O.

sprochen hat (vide hievor); es hieße in der That den Charakter der Fiction vollständig verkennen, wenn man derselben ein über ihren Zweck weit hinausreichendes Geltungsgebiet einräumen wollte; denn sicherlich ist jus fictum strictissime interpretandum. Eisele sieht sich denn auch in der glücklichen Lage, alle bestehenden Theorien über den Haufen zu werfen; insbesondere ist die dingliche Natur des Eigenthums und des redlichen Besitzes für ihn ein überwundener Standpunkt. Der dominus ist darauf angewiesen, sein Recht auf dem Wege der Bereicherungsklage zu realisren, sofern der Damnifikant bereits an den b. f. possessor gezahlt hat und vice versa. Welchem von beiden im einzelnen Fall der *ganze* Schadenersatz zufällt, wird nach dem Grundsatz der Prävention entschieden; dabei kann es selbstverständlich nicht zweifelhaft sein, daß in neun von zehn Fällen der redliche Besitzer den Vorsprung gewänne. Auf die Bereicherungsklage, welche dem verlierenden Theil gegenüber dem m. f. auctor zusteht, gebe ich nicht viel; denn zunächst müßte Letzterer ausfindig gemacht und der mala fides überwiesen werden, was gewöhnlich auf ganz erhebliche Schwierigkeiten stoßen dürfte; sodann ist nicht zu übersehen, daß der unredliche Verkäufer (Dieb und dergl.) meist zu jener Klasse von Menschen gehört, die nichts zu verlieren haben. — Auch Ihering scheint die Bereicherungsklage nicht hoch angeschlagen zu haben, da er sie wohl sonst in seiner Schrift erwähnt hätte. Mit der Prakticabilität seiner Theorie, auf welche sich Eisele nicht wenig zu gute thut, hat es nun zwar seine Richtigkeit, aber zugleich eine fatale Bewandtniß: der dominus hätte, trotz seines bessern Rechts, in der Regel das leere Nachsehen.

Kehren wir nun zur publicianischen Fiction zurück. Der Prætor fingirte bekanntlich den Ablauf der Usukapionsfrist zu Gunsten des redlichen Besitzers einer ersitzungsfähigen Sache. Ist die res possessa zerstört, so kann die fictive Vollendung der Ersitzung nicht mehr zur Wahrheit werden; auf sie kann daher die Fiction keine Anwendung finden. Unmögliches zu fingiren, lag den römischen Juristen ferne und wir haben keinen zwingenden Grund, von ihrem Modus cogitandi abzugehen.

Auf der Ausdehnung der Fiction auf den Fall der Sachzerstörung und -Beschädigung beruht aber das ganze System des Prof. Eisele. — An und für sich hat der b. f. possessor ein auf den ganzen Sachwerth gerichtetes rechtliches Interesse nicht. Um dasselbe zu begründen, bedarf es eines speziellen Rechtssatzes. Eisele hat nicht einmal den Versuch unternommen, das Vorhandensein eines solchen nachzuweisen. Der Hauptfehler, den Eisele begeht, liegt in der gänzlichen Verkennung der Verschiedenheit des Wesens der Sachbeschädigungsklage einerseits und der Vindication anderseits. Wenn der röm. Prætor dem b. f. possessor die letztere verstattete, so entzog er sie dem Eigenthümer damit keineswegs, wohl aber würde der dingliche Charakter des Eigenthums, welcher ja die Befugniß in sich schließt, die Einwirkung Dritter auf die Sache zu verhindern, resp. Genugthuung dafür zu verlangen, aufgehoben, wofern der b. f. possessor die Sachbeschädigungsklage in vollem Umfange anstellen könnte.

Wenn daher Eisele Ihering vorwirft, bei seiner Auffassung der l. 136 de r. i. gerathe er mit sich selbst, d. h. mit der von ihm aufgestellten Theorie der Klagetheilung in Widerspruch, so fällt dieser Vorwurf auf

seinen Auctor zurück: Entweder nämlich versteht Eisele l. 136 falsch, oder er versteht sie zwar richtig, zieht jedoch irrige Konsequenzen daraus. Ich nehme das erstere an. Nach meinem Dafürhalten legt er zu wenig Gewicht auf den einschränkenden Nachsatz « quotiens lex impedimento non est » und übersieht namentlich, daß die negative Funktion des Eigenthums eben gerade jene gesetzliche Schranke ist, welche der Sachbeschädigungsklage des b. f. possessor entgegensteht. Ebenso erweist sich das fernere gegen Ihering geltend gemachte Argument, daß, da auch die b. f. possessio ein universales dingliches Recht sei, von einer Theilung der Entschädigung zwischen Eigenthümer und redl. Besitzer nicht die Rede sein könne, als unstichhaltig; daß sich Eisele zum Beweis seiner Behauptung auf l. 136. D. 50,17 beruft, zeigt wiederum, daß er diese Stelle mißversteht. Soviel ist allerdings sicher, daß der redliche Besitz extensiv dem Eigenthum gleichkommt, seiner Intensität nach aber in der Regel weit hinter demselben zurücksteht. Dies berechtigt aber nicht zu dem kühnen Schluß, daß der b. f. possessor, wenn er wegen Sachbeschädigung klagt, entweder so viel, wie ein (besitzender) Eigenthümer oder aber gar nichts bekomme.[1]) Wenn die res bona fide possessa infolge schuldhafter menschlicher Thätigkeit zu Grunde geht, so erlöschen ipso jure alle darauf bezüglichen dinglichen Rechte. Jeder Inhaber eines solchen erwirbt dagegen sofort gegen den Zerstörer einen Anspruch auf Schadenersatz, dessen Größe bestimmt wird durch den Werth des betr. Rechts. Sobald die Sache zerstört, ihre Eviction somit unmöglich geworden ist, tritt der b. f. possessor dem Eigenthümer *vollkommen ebenbürtig* zur Seite und sie theilen sich in die Entschädigung nach

[1]) **Eisele, a. a. O., Seite 54.**

Maßgabe ihres Interesse. (Siehe übrigens meine Ausführungen hievor.) Auf die weiteren Erörterungen Eiseles trete ich hier nicht ein, da ich dies für überflüssig halte. Soviel scheint mir aus dem Gesagten hervorzugehen, daß die von Eisele verfochtene Theorie mit den Quellen im Widerspruch steht . . . . , . . .

Was nun meine eigenen Ausführungen anbetrifft, so basiren dieselben im Wesentlichen auf der eingangs citirten Schrift von Ihering. Mit Recht hebt derselbe die großen Inconvenienzen hervor, welche seinem auf Grund des r. R. entwickelten Systems der Klagetheilung anhaften; denn die Schwierigkeiten, die der strikten Durchführung desselben in praxi entgegenstehen, sind geradezu unüberwindlich. (Siehe meine Erörterung hierüber, Seite 30 ff.) So gerecht indessen die vom praktischen Gesichtspunkt aus gegen jenes System gerichteten Vorwürfe sind, so wenig lassen sich dessen formale Richtigkeit und gesetzliche Geltung für das Gebiet des gemeinen Rechts in Zweifel ziehen. Da nun das bestehende Recht den Verkehrsbedürfnissen nicht genügt, so erscheint das Postulat, mit welchem Ihering sich an den Gesetzgeber wendet, vollkommen billigenswerth: Der Legislator soll das Recht mit dem Leben in Einklang bringen, durch heilsame Inkonsequenz der Tyrannei der Konsequenz ein Ende machen.

Läßt er diese berechtigte Forderung lange Zeit unberücksichtigt, so thut er dies auf Kosten seiner Autorität: Wem die Rechtshilfe versagt ist, der greift leicht zur Selbsthilfe, d. h. wenn der ordentliche Gesetzgeber seine Aufgabe nicht kennt, so beginnt das Volk zu legiferiren, und das Gewohnheitsrecht gelangt zu vollem Flor.

Mißfällige Gesetze werden obsolet und es treten, unter Connivenz oder gar aktiver Theilnahme von Wissen-

schaft und Gerichtspraxis geeignetere Rechtsprinzipien in's Leben.

Doch der Weckruf Ihering's ist nicht ungehört verklungen! Seit dem Erscheinen seiner Epoche machenden Schrift über die Consolidation des redl. Besitzes waren noch keine zwei Jahrzehnte verflossen, so brachte das Handelsgesetzbuch des deutschen Bundes eine gewaltige Modifikation des römischen Rechts: Redlichen Erwerb vorausgesetzt, ist die Vindication beweglicher Sachen ausgeschlossen, wenn sie von einem Kaufmann in seinem Handelsbetrieb veräußert worden sind. Ausgenommen von dieser Vorschrift und also der Vindication unterworfen sind gefundene und gestohlene Sachen.[1])

Damit stellte sich jenes Handelsgesetzbuch, das jetzt im ganzen deutschen Reiche Geltung hat, nach dem Vorgang des Code civil auf deutschrechtlichen Boden, d. h. es adoptirte den Grundsatz: «Du sollst deinen Glauben da wiedersuchen, wo du ihn gelassen hast.»[2])

Auf dem Gebiet des Handels wird somit heutzutage der redliche Besitzer dem Eigenthümer gleichgestellt,

---

[1]) Vgl. d. H.-G.-B., Art. 306—308.

[2]) Dieses Prinzip entspricht der Billigkeit: der redliche Erwerber verdient gegen die Vindication des Eigenthümers geschützt zu werden, wenn Letzterer freiwillig den Besitz oder die Detention der Sache aufgegeben hat. Es muss sich überall Bahn brechen, wo ein lebhafter Güteraustausch stattfindet, namentlich also in Handelsstaaten. Im alten Rom ward es bekanntlich dem civis Romanus (wenigstens dem Patrizier) zur Unehre angerechnet, durch Handelsunternehmungen Reichthümer zu erwerben. Landbau und Staatsdienst einzig wurden des freien Bürgers würdig erachtet. Bei der Stabilität des Immobiliareigenthums konnte man ohne grossen Nachtheil auf dem starren Rechtsstandpunkte beharren. Auch später, als die Würde des freien Bürgers den Handelsbetrieb nicht mehr schlechthin ausschloss, bewegte sich der römische Handel in ziemlich bescheidenen Dimensionen. Da nun die Rechtsbildung dem Verkehrsbedürfniss selten vorauseilt, ja häufig wohl weit hinter demselben zurückbleibt, so war eben die Entstehung jenes Grundsatzes einer spätern Zeit vorbehalten.

seine Klagebefugniß erstreckt sich unbeschränkt gegen jeden Dritten. Jener die Rechtsunsicherheit befördernde und die Conformität der Rechtspflege gefährdende Klagendualismus, wie er aus der konsequenten Durchführung der römischen Prinzipien hervorgeht, ist gerade da, wo er am häufigsten Anwendung hätte finden müssen, durch gesetzgeberischen Akt beseitigt. Allein damit ist dem Postulat Iherings noch nicht voll und ganz Genüge geschehen. Zwar ist nicht anzunehmen, daß das von ihm aufgestellte Theilungssystem in praxi Anwendung finde;[1]) da dasselbe aber vollständig mit dem Sinn und Geist der gemeinrechtlichen Quellen harmonirt, so muß die abweichende Gerichtspraxis als abusiv bezeichnet werden. Hoffen wir daher, daß das im Werden begriffene bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich diesem unerquicklichen Zwiespalt ein baldiges Ende bereiten und die vorliegende Frage in befriedigender Weise lösen werde!

Das von Ihering zu Tage geförderte Prinzip der Klagetheilung ist nicht unangefochten geblieben. In seiner bereits erwähnten Schrift über das Recht der b. f. possessio hat *Brinz* dem usus fori gewissermaßen die wissenschaftliche Weihe zu geben versucht. Nach seiner Ansicht ist nämlich der redliche Besitzer, als quidam dominus bonitarius, alleiniger Rächer der res possessa; ihm gebührt ausschließlich das Recht, gegen den Verletzer derselben klagend vorzugehen und zwar dies so lange, bis er aufgehört hat, redlicher Besitzer zu sein;[2]) der Eigenthümer mag dann zusehen, wie er

---

[1]) Wenigstens ist dasselbe, soweit ich mich orientirt habe, keiner einzigen Entscheidung des d. Reichsgerichts zu Grunde gelegt worden.

[2]) Brinz behauptet, dieser Fall trete erst ein mit der vollständigen Durchführung der Eviction, nicht aber schon (wie die herrschende Meinung annimmt) in Folge Verlust der bona fides oder des Besitzes. Im nächsten Kapitel wird es meine Aufgabe sein,

vom b. f. possessor Deckung erhält. Sobald ihm die Sache abhanden gekommen, ist sein Eigenthum reduzirt auf die Berechtigung, durch das Mittel der Klage den verlorenen Besitz wieder an sich zu bringen. Nur ausnahmsweise räumt Brinz dem Eigenthümer ein weitergehendes Klagrecht ein, z. B. dann, wenn der redliche Besitzer nicht klagen kann (l. 38 ad leg. Aq. 9,2).

Zwar legt auch Brinz seinen Deductionen das corpus juris zu Grunde; doch die Art und Weise, wie er die Quellenzeugnisse behandelt, macht auf den unbefangenen Leser seiner Schrift den Eindruck, daß deren Verfasser mit einem bereits fertigen System an sie herangetreten sei. Mit großem Geschick weiß er die Spitzen der widersprechenden Digestenstellen von sich abzulenken oder abzustumpfen und jeden unklaren oder unbestimmten Ausdruck für seine Ansicht zu benutzen. So konnte denn das Resultat seiner Quellenforschung kein anderes, als das von vornherein bezweckte sein. Daran aber, daß durch seine Theorie, welche in Wirklichkeit keine Lösung, sondern eher wohl ein willkürliches Zerschneiden des Knotens bedeutet, das Eigenthum seines dinglichen Charakters entkleidet, der dominus in eine sehr prekäre Lage gedrängt würde, scheint Brinz keinen Anstoß zu nehmen. Ihm genügt es, den *werdenden* Eigenthümer vor jeder Unbill sorgsam zu bewahren; ist er zu seinen Jahren gekommen, dann bedarf er des Schutzes nicht mehr! (?)

Damit wird aber offenbar der b. f. possessor in unverdientem Maße und auf Kosten des Eigenthümers bevorzugt, es wird ihm ein über sein Interesse hinausgehendes Klagrecht eingeräumt und dergestalt das Prinzip des Interessenschutzes ohne Noth preisgegeben.

---

diese Frage in's Auge zu fassen. Hier sei nur bemerkt, dass ich mich der gemeinen Lehre anschliesse.

Anderseits hat indessen die Brinz'sche Ausschließlichkeitstheorie auch wieder Vieles vor dem in dieser Schrift vertretenen Theilungsprinzip voraus; denn erstlich führt sie zu einem praktikabeln Ergebniß, was bei Letzterm nicht der Fall ist; sodann aber kommt sie mitunter auch dem Eigenthümer zu gute, der sich in ach! so vielen Fällen der Beweisschwierigkeit halber zu der Rolle des redlichen Besitzers bequemen muß.

De lege ferenda möchte ich daher Brinz einige Konzessionen machen und zwar in folgender Weise: Zur Klage wegen schuldhafter Sachbeschädigung genügt der Nachweis redlichen Besitzes. Es sind 3 Fälle zu unterscheiden:

1. Der redliche Besitzer klagt in Konkurrenz mit dem Eigenthümer. Hier wird darauf Rücksicht zu nehmen sein, ob der Letztere den Besitz, resp. die Detention der Sache freiwillig aufgegeben hat, oder ob ihm der Besitz wider seinen Willen abhanden gekommen. Ersternfalls gebieten die Interessen des öffentlichen Verkehrs bei Mobilien den gänzlichen Ausschluß des Eigenthümers von der Klage.[1]) Hinsichtlich der Immobilien könnten die Grundsätze des römischen Rechts (Klagetheilung nach Maßgabe des Interesse) ohne Nachtheil beibehalten werden. Letzternfalls dürfte es der Billigkeit entsprechen, bei Mobilien dem Eigenthümer und dem redl. Besitzer ein gleiches Klagrecht einzuräumen; denn beide verdienen in gleich hohem Maße Berücksichtigung. Bei Immobilien dagegen ist, in Anbetracht der durch die moderne Grundbuchverfassung bedingten Verkehrssicherheit, ein redlicher Besitz, der auf dem unfreiwilligen Besitzesverlust des

[1]) Dieser Satz wird vom deutschen H.-G.-B., Art. 306, anerkannt. Inhaberpapiere unterliegen demselben, gleichviel in welcher Weise sie dem Eigenthümer abhanden gekommen sind.



Eigenthümers beruht, ein unwahrscheinliches und jedenfalls höchst seltenes Vorkommniß;[1]) es könnte auch hier das römische Recht zur Anwendung kommen.[2])

2. Der redliche Besitzer (resp. der als solcher auftretende Eigenthümer) klagt allein. In diesem Falle wäre der Beklagte zum Ersatz des gesammten objektiven Schadens zu verurtheilen, wogegen der Kläger zu Handen des später sich meldenden Eigenthümers bei Gericht Kaution zu bestellen hätte. Im Falle seines Unvermögens dürfte ihm die auf den Werth der Proprietät entfallende Schadensersatzquote erst nach Ablauf der Klagverjährungsfrist ausgeliefert werden.

Machte später der Eigenthümer seine Ansprüche geltend, so würden solche nach Maßgabe der oben (sub 1.) dargelegten Grundsätze festgestellt.

3. Der Damnifikant wird einzig vom Eigenthümer belangt. Brinz will demselben für diesen Fall eine exceptio zugestehen.[3]) Wenn er aber wissentlich auf dieselbe verzichtet, so kann er vom b. f. possessor noch einmal für den ganzen Schaden in Anspruch genommen werden; hat er aus entschuldbarem Irrthum dem dominus geleistet, so ist er dem redlichen Besitzer bloß zur Cession der condictio verpflichtet (vgl. Brinz a. a. O., Seite 131).

---

[1]) Möglich ist so etwas immerhin. Erst vor einigen Jahren soll in Berlin z. B. einem Hauseigenthümer von Seite eines Doppelgängers das Haus über dem Kopf verkauft worden sein. Ueber den weitern Verlauf und insbesondere über die civilrechtlichen Folgen dieses Gaunerstückchens habe ich leider nichts in Erfahrung bringen können.

[2]) Um dem Prinzip „gleiches Recht für Alle“ zu genügen, müsste ein zu erlassendes Gesetz den Werth der b. f. possessio in den einzelnen Besitzesstadien fixiren.

Z. B. der einjährige redl. Besitz = $^1/_8$ des Sachwerthes.
der zweijährige redl. Besitz = $^1/_7$ des Sachwerthes etc. etc.

[3]) d. h. er hält ihn für berechtigt, durch Bestreitung der Activlegitimation des Klägers den Klageantrag zu elidiren.

Meines Erachtens wäre dem Beklagten eine exceptio nicht einzuräumen. Durch Leistung des vollen Schadensersatzes an den Eigenthümer würde er aber auch gegenüber dem b. f. possessor liberirt und diesem zu keiner Klagecession verbunden. Falls die Existenz einer b. f. possessio actenmässig festgestellt wäre, so müßte das Gericht ex officio den kläger'schen Eigenthümer zur Kautionsleistung anhalten. Jedenfalls könnte Letzterer vom redlichen Besitzer während der ordentlichen Klagverjährungsfrist auf Herausgabe der (nach Ziffer 1 oben festzustellenden) Bereicherung belangt werden. — — —

Es fällt mir nicht ein, anzunehmen, daß obige Vorschläge ungetheilten Beifall und praktische Verwerthung finden werden. Durch ihre Anwendung würden schwerlich alle bestehenden Uebelstände gehoben und alle Härten und Ungleichheiten vermieden. Auch bin ich auf den Vorwurf der Prinzipienlosigkeit gefaßt. Nachdem ich aber in dieser Schrift an Andern so Vieles kritisirt und bemängelt habe, hielt ich es für meine Pflicht, mich gleichfalls ein klein wenig fremder Kritik auszusetzen. Dabei ist mein Wunsch nur der, es möchten meine Vorschläge so ungeeignet gefunden werden, daß Jemand sich veranlaßt fühlte, etwas weit besseres an ihre Stelle zu setzen.

III. Kapitel.

Der Fruchterwerb des b. f. possessor.

Bisher haben mich die Fragen beschäftigt:

1) Was ist die b. f. possessio? und 2) welchen Rechtsschutz geniesst sie?

Jetzt wende ich mich zu der ferneren Frage:

Welche Rechte sind damit verbunden? Hierauf gibt die gemeinrechtliche Doctrin die Antwort: der redliche

Besitzer erwirbt das Eigenthum der Früchte und zwar sofort mit ihrer Separation von der Muttersache. Dieser Satz wird heute nur von Wenigen bestritten;[1]) dagegen hat Brinz (a. a. O., Seite 102 ff.) in Abweichung von der herrschenden Ansicht die Behauptung aufgestellt, es schade dem redlichen Besitzer beim Fruchterwerb die mala fides superveniens nicht. Seine Ansicht wird wirklich auch in l. 25. § 2 D. 22,1 bestätigt: Julianus. b. f. emptor sevit et antequam fructus perciperet, cognovit fundum alienum esse; an perceptione fructus suos faciat, quæritur. Respondi: bonæ fidei emptor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit: nam et servus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis acquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.

Diese Stelle behandelt den Fall, wo der redliche Besitzer eines Grundstücks dasselbe besäte und vor der Einerntung der Früchte die bona fides einbüßte. Die daran geknüpfte Frage, ob er trotzdem durch Perception das Eigenthum der Früchte erwerbe, wird bejaht: So lange ihm das Grundstück nicht evincirt ist, sei der redliche Besitzer in Ansehung des Fruchterwerbs als solcher zu betrachten. Julian begründet seine Entscheidung damit, daß auch die Erwerbsthätigkeit eines Sklaven dem redlichen Käufer desselben bis zur Eviction zu gute komme.

Im entgegengesetzten Sinne spricht sich Ulpian aus in l. 23. § 1 D. 41,1: Tamdiu autem acquirit, quamdiu

[1]) Es bestehen darüber zwei wesentlich abweichende Theorien: Nach Savigny (dem Windscheid halbwegs beigetreten ist) erwirbt der redl. Besitzer an den Früchten blos redlichen Besitz; nach Köppen (vgl. dessen im Eingang erwähnte Schrift) aber schwebendes Eigenthum. Beide stützen sich darauf, dass der b. f. possessor im Falle der Eviction die Früchte restituiren müsse, was indessen lediglich eine Konsequenz seiner Verurtheilung zur Herausgabe der „res cum omni causa“ ist.



bona fide servit. Ceterum si cœperit scire esse eum alienum, vel liberum, videamus, an ei acquirit. Quæstio in eo est, utrum initium spectamus an singula momenta; et magis est, ut singula momenta spectemus.

Für den Fruchterwerb (unter den Begriff « fructus » fällt ja auch die Sklavenarbeit) wird hier die anfängliche bona fides des Dienstherrn für ungenügend erachtet. Die einzelnen Erwerbshandlungen des b. f. serviens geschehen nur so lange für Rechnung des redlichen Besitzers, als letzterer von den Mängeln seines Titels keine Kenntniß hat.

Daraus geht mit Deutlichkeit hervor, daß in Bezug auf unsere Frage seit Julian allmählig eine veränderte Auffassung platzgegriffen hat.[1])

In älterer Zeit war weder zum Zweck der Ersitzung, noch zum Erwerb der Früchte fortgesetzte Redlichkeit des Besitzers erforderlich. Durch Perception brachte somit selbst der mala fide possidens die Früchte in sein Eigenthum, vorausgesetzt nur, daß derselbe den Besitz der res frugifera redlich erworben hatte. Später wurde das Fruchtrecht vom Usukapionsbesitz abgetrennt und mit der b. f. possessio verknüpft: statt bloß redlichen Erwerbs setzte nunmehr die Acquisition der Früchte redlichen Besitz, d. h. fortdauernde bona fides voraus. Während dagegen aber zu Julians Zeiten der b. f. emptor erst mit der Perception Eigenthümer der Früchte wurde, erwarb jetzt der b. f. possessor letztere schon mit ihrer Trennung von der Muttersache. Dieser historische Entwickelungsgang findet in l. 48. § 1 D. 41,1 seine Bestätigung: In contrarium (der Verfasser dieser

---

[1]) l. 23. § 1 cit. bezieht sich auf den Erwerb durch einen b. f. serviens, also gerade auf den Fall, den Julian zur Begründung seiner entgegengesetzten Meinung benutzt!!

Stelle [Paulus] spricht in principio von dem, trotz bestehender Unmöglichkeit der Ersitzung stattfindenden Fruchtanfall) quæritur, si eo tempore quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio an fructus meos faciam. Pomponius verendum ne non sit bonæ fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad jus, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat; nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam et contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. Hier wird die Frage aufgeworfen, ob mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Ersitzung dem redlichen Käufer, der hinterher die bona fides verloren, die Früchte zufallen. Pomponius hält dafür (und offenbar stimmt ihm Paulus bei), daß jener nicht b. f. possessor sei und somit kein Anrecht auf die Früchte habe, wiewohl er ersitzen könne; denn die Frage, ob Jemand b. f. possessor, sei mit der Thatsache des redlichen oder unredlichen Besitzes verknüpft. Daß die Ersitzung trotz eingetretener mala fides ihren Fortgang nimmt, spreche durchaus nicht dagegen; denn umgekehrt fielen die Früchte ja auch Demjenigen zu, der wegen Inhabilität der Sache nicht ersitzen könne.

Brinz gibt der l. 48. § 1 cit. eine andere Deutung; nach seiner Ansicht ist dieselbe nicht vom materiellrechtlichen, sondern vom prozessualen Standpunkte aufzufassen: Es handle sich darin gar nicht um die Frage, ob der redliche Käufer mala fide superveniente die Früchte erwerbe, sondern darum, ob er sie behalten dürfe. Zum Beweise hiefür macht er geltend, daß der als quæstio facti bezeichnete Satz « ut quis bona aut mala fide possideat » im Præsens stehe, die Frage aber, ob Jemand gegenwärtig bona oder mala fide besitze, in den Prozess,

und zwar in's officium judicis falle. Gedachte Stelle beziehe sich daher auf die Restitutionspflicht des Beklagten (im Prozess), die hinsichtlich der Früchte je nach der fides einen größern oder geringern Umfang annehme. Dieser Einwand, und mehr noch die Art und Weise seiner Begründung, scheinen mir angesichts der unzweideutigen Fassung der betreffenden Lex gänzlich verfehlt; denn Paulus läßt den Pomponius nicht von einem bestimmten Falle sprechen, sondern von einem Faktum, das dem täglichen Leben angehört — weßhalb der fragliche Satz überhaupt nicht in's Præteritum gesetzt werden konnte. Die Textworte « an (si cognovero alienam esse (fructus meos faciam » will Brinz auf die Frage zurückführen, ob der Besitzer nach Eintritt der mala fides die Früchte noch lukrire oder nicht. Dann könnte es sich aber bloß um die fructus consumpti handeln, da die übrigen Früchte auch bei optima fides nicht lukrirt werden. Betrachten wir nun den Schlußsatz der l. 48. § 1 cit. « nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit», so dürfte es schwerlich Jemandem einfallen, zu behaupten, *dieses* fructus suos facere sei gleichfalls als ein Behaltendürfen (Lukriren) aufzufassen. Bezieht sich aber jener Schlußsatz auf den Erwerb der Früchte, so kann selbstverständlich der übrige Theil des Paragraphen, welchem derselbe als Begründung dient, nicht vom Lukriren der Früchte handeln.

Aber auch abgesehen hievon wäre die Ansicht von Brinz nur mittelst Einschaltung des Worts « consumpti » zu halten. Eine solche Interpolation darf man sich um so weniger gefallen lassen, als die Stelle, wie sie vorliegt, völlig im Einklang steht mit l. 23. § 1 præcit. und Brinz diese letztere, sowie ein Fragment von Afrikan

(l. 40. D. 41,1) als seiner Meinung zuwiderlaufend anerkennt.

Um nun noch kurz auf die bereits flüchtig berührte Ansicht von *Windscheid* (§ 186. N. 7—17) zurückzukommen, sei bemerkt, daß derselbe zugestandenermaßen mehrere Digestenstellen nur im Sinne der herrschenden Lehre zu deuten vermag. Dies hat ihn bewogen, von dem durch Savigny vertretenen Standpunkte, wonach die Früchte mit der Separation bloß in den (redlichen) Besitz des b. f. possessor gelangen, prinzipiell abzugehen, was ihn aber nicht hindert, die wichtigste Konsequenz jener Ansicht zu approbiren. Zwar läßt auch er den redlichen Besitzer das Eigenthum der Früchte erwerben, schreibt ihm aber außerdem die Fähigkeit zu, durch nachträgliche Ersitzung die Restitutionspflicht aufzuheben, so daß er also im Entwehrungsfalle einzig die Muttersache herauszugeben hätte. Ohne zu untersuchen, ob diese Abweichung von der herrschenden Lehre quellenmäßig sich rechtfertigen lasse, mache ich bloß darauf aufmerksam, daß der Eigenthümer überhaupt nicht ersitzen kann, indem das durch usucapio zu erlangende Recht ihm schon zusteht. Es würde sich hier in Wahrheit um Verjährung der Klage auf Restitution der Früchte handeln; da aber die Letztern, was übrigens Windscheid in Abrede stellt, nur als causa rei, nicht aber an und für sich der Vindication unterliegen, so kann die Verjährung dieser Klage gar nicht in Frage kommen. Im Gegensatz zu der herrschenden Meinung läßt Windscheid die Vindication der veräußerten Früchte zu, sobald der b f. possessor dem entwehrten Erwerber derselben nicht evictionspflichtig ist. Er stützt sich in dieser Hinsicht auf l. 25. § 17 D. 5,3, welche allerdings seine Ansicht zu bestätigen scheint. Zieht man aber in Betracht, daß

eine ganze Reihe von Quellenzeugnissen dem b. f. possessor unzweifelhaft Fruchteigenthum zusprechen, derselbe also auch auf jeden Dritten solches übertragen kann, so wird man mit mir Bedenken tragen, jenem vereinzelten Fragment große Bedeutung beizumessen. Wenn ferner Windscheid die verkaufte Frucht erst dann als konsumirt betrachtet, wenn dessen Gegenwerth, das pretium, vom b. f. possessor verausgabt worden, so stellt er sich im Gegensatz zu l. 3. § 3. D. 25,2, wo unzweideutig die Veräußerung als Consumtion bezeichnet wird. Uebrigens scheint er mit seiner Meinung so ziemlich isolirt dazustehen; denn in diesem Punkte stimmt ihm selbst *Göppert* (siehe dessen eingangs erwähnte Schrift) nicht bei, der sich doch seiner Auffassung im Großen und Ganzen ziemlich nahe anschmiegt. Göppert nimmt gewissermaßen eine Mittelstellung zwischen Savigny und Windscheid ein. Nach seiner Ansicht gelangen die Früchte nicht schon mit der Separation, sondern erst nach erfolgter Perception in (Usucapions)besitz des b. f. possessor. Dagegen kann dieser, falls ein Dritter die Früchte einheimst, solche publicianisch vindiziren resp. condiziren. Die Vollendung der Ersitzung erst enthebt den redlichen Besitzer in Bezug auf die Früchte der Restitutionspflicht, es sei denn, daß er dieselben vor der Litiscontestation verzehrt oder veräußert habe. Gegen Vindication seitens des Eigenthümers ist blos der onerose Erwerber der Früchte geschützt, indem ihm eine unentziehbare condicio usucapiendi zur Seite steht. Endlich nimmt auch er, im Widerspruch zu der herrschenden Meinung, an, es können die Früchte selbständig, d. h. unabhängig von der Muttersache, ersessen und eingeklagt werden. — Gegen Göppert läßt sich im Allgemeinen dasselbe sagen, wie gegen Windscheid; insbesondere ist daran zu er-

innern, daß im Corpus juris nicht einmal andeutungsweise von einer Ersitzung der Früchte, hingegen in manigfaltigen Wendungen von deren Erwerb durch den b. f. possessor zufolge Separation die Rede ist, was jedenfalls einen ziemlich sichern Schluß in Bezug auf den Werth oder Unwerth der Ersitzungstheorie [1]) gestattet. Eine neue Theorie, welche sich der herrschenden Lehre einigermaßen nähert, ist aufgestellt worden von *Köppen* (der Fruchterwerb des b. f. possessor). Derselbe erkennt im b. f. possessor blos den vorläufigen (interimistischen) Eigenthümer der Früchte. Diese gelangen mit ihrer Trennung von der Muttersache in das Eigenthum, sowohl des redl. Besitzers, als des Eigenthümers; das Recht des erstern ist indessen resolutiv, das des letztern suspensiv bedingt durch die Vindication seitens des dominus. — Condicione existente wird dieser nach rückwärts Eigenthümer der Früchte, während jener — ebenfalls mit Retrotraktion auf den Zeitpunkt der Separation — seines Eigenthums verlustig geht. In gleicher Weise wirkt die mala fides superveniens — hier rechtbegründend — dort rechtzerstörend.

Köppen kann zu Gunsten seiner Ansicht bloß l. 48. pr. D. 41,1 — bonæ fidei emtor.... percipiendo fructus.... suos interim facit — in die Wagschale werfen. Diese Stelle kann nun aber durchaus nicht scharf juristisch interpretirt und somit zur Konstruktion eines vorläufigen Eigenthums benutzt werden. — Offenbar hat Paulus hier, auf die Möglichkeit der Eviction anspielend, den definitiven (dinglich gearteten) Fruchterwerb mit der eventuellen (blos obligatorischen) Restitutionspflicht verbunden und mit jenem «interim fructus suos facit»

[1]) Siehe übrigens eine treffliche Widerlegung derselben bei Czyhlarz a. a. O., Seite 495 ff.



lediglich die ökonomische Gesammtwirkung bezeichnen wollen; denn, vom wirthschaftlichen Standpunkte betrachtet, kommt es ziemlich auf's Gleiche heraus, ob wir sagen: der b. f. possessor erwirbt die Früchte zu eigen, muß sie aber, soweit noch vorhanden, mit der Muttersache herausgeben, — oder: die Früchte sind vorläufig, d. h. bis zur Vindication der res frugifera, Eigenthum des b. f. possessor.

Jedenfalls irrt Köppen sehr, wenn er der Vindication der Muttersache durch den dominus, sowie der mala fides superveniens des b. f. possessor rückwirkende Kraft in Bezug auf den Fruchterwerb beilegt; denn was erstere anbetrifft, so ist sie ja nur Eigenthumsgeltendmachung, nicht aber Eigenthumsbegründung, — die mala fides superveniens aber hindert, wie aus den Quellen zur Evidenz hervorgeht, nur den späteren Fruchterwerb des Besitzers. Die Theorie von Köppen, welche übrigens, wie Waldeck ausführlich dargelegt hat, in praxi eine bedenkliche Verkehrsunsicherheit hervorrufen würde, steht somit im Widerspruch mit dem Corpus juris und hat denn auch nicht gerade großen Beifall gefunden.

Auf welcher ratio aber beruht das Fruchtrecht des redlichen Besitzers? Den remuneratorischen Zweck desselben betont — und zwar nach meinem Dafürhalten mit Recht — Justinian in § 35. J. 2, 1, indem er dem b. f. possessor das Eigenthum der Früchte « pro cultura et cura » zuspricht. Bedenken wir nämlich, daß nicht nur in den meisten Fällen ein Fruchtertrag der res possessa ohne persönliches Zuthun (cultura) des Besitzers undenkbar ist, daß vielmehr auch die Erhaltung und (bei Grundstücken namentlich) die wirthschaftliche Aufbesserung der Muttersache auf einer cura beruht, welche ausschließlich bei redlicher Gesinnung des Besitzers zur

Geltung kommt, so können wir es nur billig und gerecht finden, daß der b. f. possessor durch das Fruchtrecht einigermaßen schadlos gehalten werde. Diese Rücksicht verdient der unredliche Besitzer nicht; in der Voraussicht, daß die Früchte seiner Arbeit einem Andern zufallen würden, daß ein Anderer da ernten möchte, wo er gesät, wird er kaum auf großen Fruchtertrag, noch weniger aber auf Meliorationen Bedacht legen, die vielleicht erst einer späteren Generation zu gute kämen. Schwerlich dürfte z. B. der unredliche Grundbesitzer intensive Landwirthschaft treiben, oder der m. f. possessor eines geistig begabten Sklaven auf dessen Ausbildung große Sorgfalt und bedeutende Mittel verwenden. — Für die oft unwiederbringlichen Nachtheile, die aus der Nichtbeobachtung einer derartigen Diligenz entstehen können, ist aber der m. f. possessor nicht verantwortlich.

Wenn daher die Beschaffenheit der fides in so erheblichem Maße den Werth und Ertrag der res possessa beeinflußt, so erscheint es als zwingendes Vernunftgebot, die Rechte und Pflichten des Besitzers danach zu regeln. Die Römer haben dies auch erkannt und bezüglich des Ersatzes der Impensen und der Restitution der Früchte den b. f. possessor bedeutend besser gestellt, als den mala fide possidens. Letzterer wurde aber, wie wir gesehen haben, auch hinsichtlich des Fruchterwerbs gegenüber dem Erstern zurückgesetzt, weil unredliche Arbeit keinen Lohn verdient.

Allein die Vertreter der von Savigny aufgestellten Theorie werden die Belohnung der Redlichkeit als genügenden Grund des Eigenthumserwerbs an den Früchten nicht so ohne Weiteres anerkennen; denn bei nachfolgender Eviction müssen ja bekanntlich die Früchte, soweit sie noch nicht verzehrt oder veräußert sind, als

causa rei auch vom b. f. possessor restituirt werden. Der Eigenthumserwerb gewährt also dem redlichen Besitzer anscheinend nicht den geringsten Vortheil und läßt sich somit vom Gesichtspunkte der Remuneration aus nicht rechtfertigen. — So scheint es jedoch nur; sieht man genauer hin, so erweist sich das Gegentheil als richtig; denn gerade darin, daß der b. f. possessor das Eigenthum der Früchte erwirbt, liegt der Rechtsgrund für die Lukration der fructus consumpti. Stellen wir uns z. B. auf den Standpunkt von Savigny, so würde der redliche Besitzer dem Käufer der Früchte höchstens redlichen Besitz daran übertragen können, so daß derselbe der Evictionsgefahr ausgesetzt wäre. Sobald aber die Früchte dem Käufer evinzirt würden, müßte ihm unser b. f. possessor das Interesse ersetzen. Hiegegen konnte man den Letztern nur sicher stellen, wenn man ihm, statt redlichen Besitzes, das volle Eigenthum an den Früchten einräumte. Wenn nun dies wirklich geschah, so konnte hiebei als leitendes Motiv blos die Begünstigung des b. f. possessor in Betracht kommen — eine Begünstigung, die demselben pro cultura et cura billigerweise gewährt werden mußte.[1]) Daß dadurch gleichzeitig auch die Sicherheit des Verkehrs bedeutend gefördert wurde, steht außer Zweifel. Daraus aber zu folgern, daß Rücksichten auf den Verkehr für den Fruchterwerb ausschlaggebend gewesen seien,[2]) ist irrig und

[1]) So *Keller*, Pandekten § 143, *Hartmann* in der krit. Vierteljahrschrift XI., S. 523.

[2]) Diese Auffassung wird vertreten durch *Fitting*, Archiv für civ. Cr. LII., S. 276—279, *Ihering*, Jahrbuch für dogm. XII., S. 314—333, *Baron*, Pandekten § 134; vgl. auch *Hartmann* a. a. O. S. 523. — Dieselben erblicken den Grund des Eigenthumserwerbs in der Rücksicht auf die allgemeinen Verkehrsinteressen, also auf den dritten Erwerber; dem b. f. possessor wird Eigenthum zugeschrieben, damit er solches auf jenen übertragen könne. „Damit „die Frucht,“ so äussert sich Ihering, „aus der Hand des Produ-



unlogisch: Nicht auf den Vortheil des dritten Erwerbers, sondern auf den des redlichen Produzenten wurde das Hauptgewicht gelegt; denn im andern Falle hätte konsequenterweise das Fruchtrecht auch dem m. f. possessor konzedirt werden müssen.

Einen völlig neuen Standpunkt in dieser Frage nimmt v. *Czyhlarz*[1]) ein. Während er im Uebrigen mit großem Geschick die herrschende Meinung verficht, negirt er entschieden das Vorhandensein eines den Eigenthumserwerb rechtfertigenden Grundes. Er zeigt des Nähern, wie blos im Falle entgeltlicher Veräußerung, wo der b. f. possessor evictionspflichtig ist, der Eigenthumserwerb für den letztern von Werth und Bedeutung ist, indem er dadurch der Haftung enthoben wird. « Wäre aber « dieses Interesse », so argumentirt er, « der Grund seines « Eigenthumserwerbs, dann wäre es doch diesem ganz « beschränkten Zweck entsprechend auch ausreichend, « wenn man ihm nur das Eigenthum an diesen juristisch « konsumirten Früchten zuschriebe. Dieses Eigenthum « würde dann rückwärts im Momente der Veräußerung « entstehen und durch diese sofort auf den dritten Er- « werber übergehen. » Im Weitern gelangt dann Czyhlarz zu dem Resultat, daß nach klassischem Rechte der b. f. possessor nicht blos die fructus consumpti, sondern alle ante litem contestatam separirten Früchte lukrirt habe, daß also die Restitutionspflicht bezüglich der fructus extantes erst in der Folgezeit — vermuthlich erst nach Diocletian — Rechtens geworden sei. Im ältern Recht

„zenten frei und sicher in den Verkehr trete, ganz so, wie das „Fabrikat aus der des Fabrikanten, Handwerkers etc., darum allein „schon hätte man dem b. f. possessor, auch wenn sich in seiner „Person das Recht, das man ihm einmal einräumen wollte, mit Hilfe „des Gesichtspunktes der bona fides, hätte bestreiten lassen, das „Eigenthum zugestehen müssen."

[1]) v. Czyhlarz a. a. O., Seite 469 ff.

habe der Fruchterwerb des b. f. possessor Sinn gehabt, indem er die rechtliche Basis für die Lukration der Früchte bildete; dagegen müsse es als durchaus vergeblicher Versuch bezeichnet werden, die Sätze des Justinianischen Rechts als innerlich begründete hinzustellen. Hierauf ist im Hinblick auf die juristisch konsumirten Früchte zu bemerken, daß die entgeltliche Veräußerung als Regelfall betrachtet werden muß [1]) und daher die Sicherung des b. f. possessor vor der Evictionsklage des entwehrten Käufers einen genügenden Grund für den Eigenthumserwerb abgeben könnte. Daß dieser Zweck auch auf andere Weise erreichbar wäre, glaube ich nicht. Jenen von Czyhlarz angedeuteten Modus, wonach dem b. f. possessor blos an den oneros veräußerten Früchten Eigenthum zugeschrieben werden könnte, wird man kaum gutheißen dürfen; denn dadurch würde der *Ver*kauf zum Eigenthumserwerbgrund erhoben und thatsächlich in demselben Augenblick das Eigenthum des emtor und dasjenige des venditor zur Entstehung gebracht, letzteres freilich nur für diesen Moment. Die Frucht hätte somit im Zeitpunkte der Tradition nicht weniger als drei Eigenthümer. [2—3]) Abgesehen auch von ihren formellen Mängeln würde das dominium ex tunc [4]) den b. f. possessor nicht einmal unter allen Umständen gegen die Folgen seiner Evictionspflicht schützen. Falls ihm z. B. nach der Trennung der Früchte von der Muttersache die Unrechtmäßigkeit seines Besitzes zur Kenntniß kommt,

[1]) **Wegen ihrer verhältnissmässigen Geringfügigkeit fällt die lukrative Veräusserung gar nicht in Betracht.**

[2]) **Zu einer interessanten Rechtsfrage, deren Lösung ich Czyhlarz überlassen will, würde es führen, wenn im Augenblick der Uebergabe ein Bösewicht die Früchte zerstörte.**

[3]) **Anerkanntermassen ist das Condominium plurium in solidum ein Unding.**

[4]) **D. h. der Fruchterwerb im Moment der Veräusserung.**

so wird, wenn wir v. Czyhlarz folgen, *durch spätere Veräusserung das Eigenthum der Früchte nicht auf den Erwerber übertragen;* diesem letztern steht daher im Falle seiner Entwehrung der Rückgriff gegen seinen Auctor offen.

Demzufolge gereicht es den Römern keineswegs zur Unehre, wenn sie nicht auf jenen Ausweg verfallen sind; auch dürfte aus dem Gesagten hervorgehen, daß die bezweckte Sicherstellung des b. f. possessor einzig in der Weise möglich war, daß man die Früchte sofort mit ihrer Separation in sein Eigenthum gelangen ließ.

Betrachten wir nur noch kurz die natürliche Consumtion der Früchte und ihre Wirkungen, sowie das Verhältniß der fructus consumti zu den fructus extantes. v. Czyhlarz hat es unterlassen, die Begründetheit des Fruchterwerbs im speziellen Hinblick auf die natürlich konsumirten Früchte zu prüfen. Nun kann aber meine obstehende Erörterung mut. mut. auch auf diese letztern bezogen werden. Ich halte denn auch die von Köppen, l. c. Seite 46 f. herrührende Erklärung, es sei die Consumtionsbefugniß kein selbständiges Recht und habe man daher, um sie dem b. f. possessor verleihen zu können, demselben Eigenthum geben müssen, — für die einzig richtige Motivirung des Fruchtrechts. — Windscheid ist zwar gegentheiliger Ansicht, indem er meint, die Römer hätten, nur um den b. f. possessor gegen Ersatz der konsumirten Früchte zu sichern, gewiss nicht den schwerfälligen Apparat der Fruchterwerbs mit event. Restitutionspflicht bezügl. des fructus extantes konstruirt, da jenes Ziel ja auf weit einfacherem Wege erreichbar wäre. Vermuthlich denkt Windscheid dabei an einen ähnlichen Answeg, wie ihn v. Czyhlarz betreffs der gegen Entgelt veräußerten Früchte in Vorschlag bringt, d. h.

Erwerb des Eigenthums erst im Moment der Consumtion. Dann hätten wir das anschauliche Bild des Eigenthumserwerbs durch Eigenthumszerstörung — besonders erfreulich für die Gastronomen von Beruf!

Diese Betrachtung scheint mir zu genügen für den Nachweis, daß die Lukration der fructus consumti logischerweise nur auf den definitiven Fruchterwerb basirt werden kann, daß sie ohne diesen absolut haltlos ist und in der Luft schwebt.

Brinz sieht den Grund des Fruchterwerbs nicht in der bona fides, sondern in der rechtlichen Natur der b. f. possessio. Ohne Recht an der Muttersache, kann er sich ein Fruchtrecht überhaupt nicht denken. Nach meiner Ansicht dagegen erwirbt der redliche Besitzer die Früchte nicht vermöge des Rechtscharakters der b. f. possessio, sondern deßhalb, weil sein redliches Verhalten auf den Werth und Fruchtertrag der res possessa höchst vortheilhaft einwirkt. Daher geht das Fruchtrecht unter nicht nur zufolge scientia alienæ, sondern auch bei Verlust des Besitzes. *Dieser* setzt den b. f. possessor außer Stande, *Jene* lähmt die Energie seines Willens, fernerhin der Muttersache seine thätige Fürsorge (cultura et cura) angedeihen zu lassen. So lange der b. f. possessor des Besitzes entbehrt, bleibt das Fruchtrecht suspendirt; es lebt wieder auf, sobald jener die res frugifera wieder in seinen Besitz bringt. Bei eintretender mala fides aber geht das Fruchtrecht definitiv unter; es entsteht neu, falls der Besitzer durch Usucapion das Eigenthum der Muttersache erwirbt. Nach heutigem gemeinem Recht ist letzteres unmöglich, da das kanonische Recht zum Behufe der Ersitzung fortwährende Redlichkeit verlangt. Heute sind (von res inhabiles natürlich abgesehen) Usucapionsbesitz und b. f. possessio identische Begriffe und

das Vielen so unverständliche paradoxum des Pomponius: verendum, ne non sit b. f. possessor, quamvis capiat, hat somit keine Geltung mehr.

IV. Kapitel.

Die Haftpflicht des b. f. possessor.

Aus dem Bisherigen geht hervor, daß der b. f. possessor, allerdings in theilweise vermindertem Umfange, aller Rechte und Vortheile des Eigenthümers theilhaftig ist. Es liegt nun der Gedanke sehr nahe, daß er auch für die Nachtheile aufkommen müsse, welche die res possessa in sich birgt, und zwar dies nach Proportion seiner Berechtigung. Dieser Idee leiht Paulus Worte in l. 10 de reg. jur. (50, 17): Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Dieses allgemeine Prinzip (in casu würde es ungefähr lauten: gleiche Rechte — gleiche Pflichten), das weit über die Grenzen unserer Materie hinausreicht, finden wir in Bezug auf dieselbe in den Quellen vielfach bestätigt, freilich nicht in so durchgreifender Weise, wie man es wohl wünschen und erwarten könnte.

Zunächst ist nun festzustellen, in welchen Fällen der b. f. possessor analog dem Eigenthümer haftet:

1. Der redliche Besitzer eines baufälligen Hauses ist seinen Nachbarn zur cautio damni infecti verpflichtet. Wie der Eigenthümer und im Gegensatz zum Usufructuar und Superfiziar kann er sie leisten in der Form der nuda repromissio (l. 13 pr. de d. i. 39, 2).

2. Die actiones adiecticiæ qualitatis, insbesondere:

a) Die actio quod jussu (l. 1 pr. D. 15,4), welche ursprünglich den jussus domini voraussetzte,

b) Die actio de peculio (l. 1. § 6 D. 15,1),

c) Die actio tributoria (l. 1. § 5 D. 14,4),

d) Die actio exercitoria (l. 1. § 19 D. 14,1 konnten gegen den b. f. possessor servi wegen der aus dem Vertretungsverhältniß entstandenen Verpflichtungen angestellt werden.

Für das heutige Recht hat dieser Klagenkomplex keine praktische Bedeutung mehr.

3. Ob der redliche Besitzer eines Hausthieres oder Sklaven für den durch dieselben verursachten Schaden mit einer noxalis actio belangt werden könne, war von Alters her bestritten. Ulpian läßt sich über diese Frage in l 27. § 3 D. 9,2 folgendermaßen vernehmen: Servi autem occidentis nomine dominus tenetur, is vero cui bona fide servit, non tenetur; sed an is, qui servum in fuga habet teneatur nomine ejus Aquiliæ actione, quæritur; et ait Julianus teneri et est verissimum: cum et Marcellus consentit.

An dieser Stelle sind bis jetzt alle Auslegungskünste gescheitert. Was mich anbetrifft, so beziehe ich sie auf den Fall, wo der Geschädigte den Eigenthümer kennt; denn so lange der b. f. possessor als Eigenthümer des Sklaven gilt, wird und kann nur er belangt werden. Durch diese Erklärungsweise wird wenigstens die Schroffheit des Gegensatzes zu einer vom gleichen Juristen herrührenden Stelle bedeutend gemildert. Ulpian sagt nämlich in l. 11. D. 9,4: bona fide servi possessor ejus nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur. Sed noxæ dedendo non facit quidem actoris: cum autem cœperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur vel officio judicis consequetur ut indemnis maneat. Nehmen wir nun an, diese lex betreffe den Fall, wo der b. f. possessor als dominus gilt, fassen wir also das « non tenetur » so auf, dass der Eigenthümer

allerdings rechtlich hafte, aber, weil unbekannt, thatsächlich nicht belangt werden könne, so scheint damit der Widerspruch gelöst. Beliebt indessen dieser Interpretationsversuch nicht (was wahrscheinlich ist!), so können wir die beiden Stellen gänzlich außer Acht lassen, da alsdann eine bis heute noch nicht beseitigte Antinomie vorliegt. Ulpian hätte in diesem Falle die nämliche Art von Klage (beide Stellen betreffen ja eine actio noxalis) einmal blos gegen den Eigenthümer, ein andermal blos gegen den b. f. possessor gegeben![1])

Ich sehe daher von den hievor citirten beiden Stellen gänzlich ab und gelange dann, unter geziemender Berücksichtigung der l. 28. D. 9,4 (wo Afrikan ähnlich entscheidet, wie Ulpian in l. 11 cit.) dazu, die rechtliche Haftung für das caput noxium sowohl dem Eigenthümer, als dem redlichen Besitzer zu überbinden. Machen dieselben von ihrem Recht zur noxæ datio Gebrauch, so gibt jeder, was er hat, d. h. Ersterer sein dominium, Letzterer seine b. f. possessio. Alsdann ist der Geschädigte behufs Erlangung resp. Aufrechterhaltung des Besitzes durch Klage und Einrede geschützt. Stellt beispielsweise der Eigenthümer die rei vindicatio gegen ihn an, so ist er nur gegen vollen Schadensersatz zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Auch der redliche Besitzer, welcher dem Damnifikaten das Interesse prästirte, kann dem vindizirenden Eigenthümer die doli exceptio entgegenhalten, bis dieser ihm seine bezüglichen Auslagen[2]) vergütet hat. Brinz dagegen erkennt im redlichen Besitzer den ausschließlichen Nutznießer, Beschützer, Rächer und

---

[1]) Trotzdem möchte ich mich diesem grossen Juristen gegenüber nicht zum Vorwurf der Inkonsequenz versteigen, da wir die nähern Umstände, unter denen er jene responsa abgegeben, mit andern Worten, die Motive seiner Entscheidungen, leider nicht kennen.

[2]) Dieselben haben den Charakter von impensæ utiles.



Vertreter der Sache und möchte demzufolge einzig *ihn* betreffs Noxalklagen haften lassen, so lange für l. 27. § 3 eine genügende Erklärung nicht gefunden ist. Er weist dabei hin auf l. 28. D. 9,4 und eine Stelle von Justinian (l. 21. C. 6,2). Dieser Letztere unterscheidet zwischen dem Fall, wo der Sklave in potestate domini und demjenigen, wo derselbe sich in der Gewalt des b. f. possessor befindet: Der *Gewalthaber hafte ausschliesslich* mit der noxalis actio. Dieser Entscheid, womit Justinian eine alte Rechtsregel wiederherzustellen vermeint, bringt zu rechtlicher Geltung, was faktisch wohl von jeher praktizirt wurde. Der Geschädigte belangt in der Regel zunächst denjenigen, in dessen thatsächlicher Gewalt er das caput noxium weiß. Sofern der Angegriffene sich für den Eigenthümer hält, wird er auf die Klage eintreten, andernfalls aber durch auctoris laudatio sich von der Haftung befreien. Dürfen wir nun dieses übungsgemäße Verfahren rechtlich billigen? Diese Frage kann ich unbedenklich bejahen, während Brinz den Eigenthümer auch dann der unmittelbaren Haftung entbinden möchte, wenn die Sache, bevor er sie vindizirt hat, in seine (bloß thatsächliche) Gewalt gelangt. Umgekehrt aber sollte nach seiner Ansicht auch der nichtbesitzende b. f. possessor dann belangt werden können, wenn ihm der Besitz wider seinen Willen abhanden kam. Hierin kann ich ihm füglich beipflichten: der b. f. possessor hat nämlich bei unfreiwilligem Besitzesverlust in der Publiciana ein Rechtsmittel, das ihm unter Umständen zur Wiedererlangung der Sache verhilft. Die Cession dieser Klage an den Damnifikaten hat den Charakter der noxæ deditio, d. h. sie wirkt liberatorisch in Bezug auf die Person des Cedenten. Selbstverständlich halte ich im Gegensatz zu Brienz auch den

nichtbesitzenden Eigenthümer für obligirt und erkenne somit in l. 21. G. 6,2 einfach eine Sanktion des herkömmlichen Verfahrens durch Justinian.

In l. 28. D. 9,4 ist zwar ausgesprochen, daß der b. f. possessor hafte; aber wir finden darin keine Andeutung im Sinne seiner ausschließlichen Haftung.

Da nun Brinz sich lediglich auf diese beiden Stellen stützt, dieselben aber seine Ansicht durchaus nicht bestätigen, so können wir dieselbe, im Hinblick auf l. 27. § 3 D. 9,2, als widerlegt betrachten.

Angesichts der in den Quellen herrschenden Konfusion halte ich die oben ausgesprochene Ansicht[1]) in allen Theilen aufrecht. Dem redlichen Besitzer kommt es auf dasselbe heraus, ob wir ihn mittelbar oder unmittelbar für den Schaden aufkommen lassen. Jedenfalls aber liegt ihm die Vertretungspflicht hinsichtlich der res possessa in demselben Umfange ob, in welchem ihre Vortheile ihm zu statten kommen. Er genießt des Rechtsschutzes bis zum Betrag des Werths der b. f. possessio; bis zu diesem Betrag dürfen wir ihm billigerweise die Haftung für das Objekt seiner Berechtigung zumuthen. Was den Eigenthümer betrifft, so steht seiner Vindicationsklage die exceptio doli entgegen, falls der redliche Besitzer noxæ dedirt hat. Der praktische Effekt ist daher derselbe, wie wenn wir ihn direkte haften ließen. Dadurch also, daß der Geschädigte nach freier Wahl den dominus oder den b. f. possessor in Anspruch nehmen kann, wird von Letztern keiner benachtheiligt. Warum denn sollten wir dem Damnifikaten diese freie Wahl nicht gestatten?

[1]) **Ich habe mich im Wesentlichen an die Lehrmeinung von Baron angeschlossen.**



Anhang.

Die b. f. possessio nach tessinischem Recht.

Vorbemerkung.

In den vorangehenden Kapiteln war mein Streben darauf gerichtet, in kurzen Zügen ein Gesammtbild des redlichen Besitzes (nach gemeinem Recht) zur Darstellung zu bringen. Dabei mag aufgefallen sein, daß ich verschiedene wichtige Fragen, insbesondere die Restitution der Früchte und den Ersatz der Impensen, nur flüchtig berührt oder ganz übergangen habe. Diese Fragen sind nun zwar materiellrechtliche und stehen mit der Lehre vom redlichen Besitz in sehr engem Zusammenhang; allein ihre Darstellung gehört in's Gebiet der rei vindicatio, geht also über den Rahmen vorliegender Abhandlung hinaus und ist auch zum Verständniß des hier Gebotenen durchaus nicht nothwendig.

Ich werde daher auch in Nachfolgendem nur soweit darauf Rücksicht nehmen, als es im Interesse des inneren Zusammenhangs wünschbar erscheint.

Historische Einleitung.

Schon vor dem Untergang des weströmischen Reichs wurde allmählig die germanische Völkerrace für die europäischen Verhältnisse tonangebend. Germanische Anschauungen drangen nach und nach in alle Gebiete des Völkerlebens ein und bewirkten tiefgreifende Veränderungen in den gesellschaftlichen Zuständen. Die römische Superkultur, morsch und faul im Innern, vermochte dem mit urwüchsiger Kraft aufstrebenden Germanenthum auf die Dauer nicht zu widerstehen. Die Stürme der Völkerwanderung brachten den Römerstaat zu Falle und nun begann auf einem großen Theil des Kontinents und insbesondere in der heutigen Schweiz ein großartiger kul-

tureller Ausscheidungs- und Verschmelzungsprozeß, aus dem eine dreifache Kulturgestaltung resultirte. Wo das romanische oder germanische Element das entscheidende Uebergewicht hatte, blieb es wesentlich im Alten. So behielten z. B. im Kanton Tessin Recht und Sprache ihren römischen Typus, während anderseits die deutsche Schweiz dem Germanismus wiedergewonnen wurde. In der Westschweiz hielten Römer und Germanen sich das Gleichgewicht und es vollzog sich dort allmählig eine Ausgleichung der Racen-Unterschiede; mit der Zeit ging aus der Verschmelzung der beiden Nationalitäten ein neues Volk hervor mit neuer Sprache, Sitten- und Rechtsanschauung. Räumlich und numerisch prävalirte in der Schweiz der germanische Stamm. Als nuu bei der Wende des ersten Jahrtausends auf dem Gebiete des Rechts eine rückläufige Bewegung eintrat, da widersetzte sich die deutschschweizerische Bevölkerung dem Eindringen des römischen Rechts mit aller Macht. Die romanisirten Bewohner der Süd- und Westschweiz konnten, weil in politischer Abhängigkeit zur alten Eidgenossenschaft, ihre Stimme nicht zu Gunsten des ihnen sympathischen Rechts in die Wagschale legen. So trug denn die Reception desselben im deutschen Reich nur dazu bei, unsere Altvordern diesem Letztern noch mehr zu entfremden. Die Errichtung des Reichskammergerichts im Jahre 1495 und die an dasselbe ergangene Weisung « nach des Reichs und gemeinen Rechten » zu urtheilen waren mit eine Veranlassung zum Ausbruch des Schwabenkrieges, welcher mit der faktischen Lostrennung der Eidgenossenschaft vom deutschen Reiche endigte. Diesem Umstand ist es zu verdanken, daß das germanische Recht in der deutschen Schweiz in höherm Maße als anderswo seine Originalität bewahrt hat. Wie ein rother Faden nun zieht sich durch

die ganze deutsche Kultur- und Rechtsgeschichte hindurch die scharfe Trennung der beweglichen und unbeweglichen Güter. Namentlich ist die Verschiedenheit der Gewere hervorzuheben: Betreffs der Mobilien kommt sie demjenigen zu, welchem der Eigenthümer die bloße Detention übertragen hat und ist derselbe kraft dessen veräußerungsfähig. Daraus resultirt eine bedeutende Beschränkung des Eigenthumschutzes. Bei Immobilien war zur Begründung der Gewere außerdem die Nutzungsberechtigung, also Detention in eigenem Interesse erforderlich. Gewere hatten daher z. B. der Pächter, Commodatar und Pfandgläubiger; allein dieselbe gewährte ihnen blos hinsichtlich der Nutzungen Dispositionsgewalt, während eine giltige Veräußerung der Sache einzig dem dominus fundi zustand. Wie im römischen Recht war somit der Letztere durch dingliche Klage auch gegenüber dem gutgläubigen Besitzer geschützt. Der Eigenthümer eines mobile aber verzichtete durch dessen Aushingabe gewissermaßen gegenüber jedem redlichen Erwerber auf die rei vindicatio.

Die ausgiebige Benutzung und einheitliche Durchführung dieses germanischen Rechtsgedankens wurde möglich gemacht durch die schweizerische Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, welche in Art. 64 bestimmt: « Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu .... über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse. »

Auf Grund dieses Artikels wurde im Jahre 1881 von den eidgenössischen Kammern das schweizerische Obligationenrecht erlassen und der Zeitpunkt seines Inkrafttretens festgestellt auf 1. Januar 1883. Dieses Gesetzbuch ist in der Schweiz gemeines Recht in dem Sinne, daß in allen Materien, die es regelt, die Kantonalgesetze

ipso jure dahinfallen. Auf dem Gebiete des Sachenrechts ist demzufolge der kantonale Legislator im Wesentlichen nur noch zur Normirung der Rechtsverhältnisse an Immobilien kompetent.

Am 15. November 1882 erließ der Große Rath des Kantons Tessin einen neuen Civilcodex, welcher gleichzeitig mit dem schweizerischen Obligationenrecht (O.-R.) in Kraft treten und demselben koordinirt sein sollte. — Diese beiden Gesetzbücher bilden die Grundlage für die naehfolgende Darstellung des geltenden Rechts.

Geltendes Recht.

I. Wesen und Bedeutung der bona fides und der b. f. possessio.

Sowohl das O. R., als der codice civile del cantone Ticino (C. C. T.) weichen in der Auffassung der bona fides vom römischen Recht ab, indem sie dieselbe positiv formuliren. O. R. spricht stets von einem gutgläubigen, statt redlichen Besitzer, und C. C. T. stellt in Art. 920 folgende Definition auf: «La buona fede consiste nell'opinione che quegli da cui si è ricevuta la cosa che si possiede, avesse il diritto di trasferirne il dominio.» Selbstverständlich qualifizirt sich der Glaube an die Fähigkeit des Auctors, Eigenthum zu übertragen, nur dann als bona fides, wenn er auf guten Gründen, also auf entschuldbarem Irrthum beruht. Der Rechtsirrthum insbesondere wird nicht entschuldigt, und daher ist derjenige, welcher ein im Grundbuch eingetragenes Grundstück von dessen Pächter kauft, unter keinen Umständen als gutgläubiger Besitzer anzusehen.

Ferner ist in Art. 923 C. C. T.: «La mala fede del precedente possessore non nuoce al successore, sia questi a titolo *universale* o particolare» — eine be-

deutende Modifikation des römischen Rechts enthalten; denn nach letzterem gilt bekanntlich der Satz: « heres in vitium defuncti succedit » und es nützt daher dem Erben die eigene Redlichkeit nichts, wenn der Erblasser ihrer entbehrte.

Im Uebrigen stimmt C. C. T. in Betreff der bona fides mit dem heutigen gemeinen Recht überein. Namentlich ist gemäß Art. 921 zur Ersitzung fortgesetzte bona fides erforderlich und wird für deren Vorhandensein in Art. 922 eine allgemeine præsumptio iuris aufgestellt.

Auch in Bezug auf das Wesen der b. f. possessio ist eine Divergenz nicht ersichtlich. Daher gelten in dieser Hinsicht für Immobilien die im ersten Kapitel enthaltenen Grundsätze mit folgender Ausnahme:

Nach dem Vorgang des Code Napoléon stellt C. C. T. in Art. 213 den Begriff der immobili per destinazione auf und begreift darunter namentlich das zur Landwirthschaft benutzte Vieh, Ackergeräthschaften, Futter, Stroh und Dünger, Saatgut, die zur Weinbereitung dienenden Gefässe u. dgl., ferner die Utensilien, welche zum Betrieb von Hammerwerken, Mühlen, Papier- und anderen Fabriken gehören.

Diese Gegenstände haben insgesammt mobilen Charakter und fallen daher, soweit unsere Materie in Frage kommt, unter die Bestimmungen des O. R. Dieses letztere steht nun ganz auf deutschrechtlichem Boden und geht — übereinstimmend mit dem Code Civil Français — in der Beschränkung der Vindication beweglicher Sachen bedeutend weiter, als das H. G. B. Anlehnend an die Regel « Hand muß Hand wahren » lautet nämlich Art. 205 O. R.: « Vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen erlangt der gutgläubige Erwerber einer Sache das Eigenthumsrecht, auch wenn der Ver-

äußerer nicht Eigenthümer war. Unter den gleichen Voraussetzungen erlöschen sonstige dingliche Rechte Dritter an der Sache.»

Dieser Artikel bezieht sich auf den Fall, wo der Eigenthümer die bewegliche Sache Jemandem in Gewahrsam gibt, der durch unbefugte Veräußerung das in ihn gesetzte Vertrauen mißbraucht. Hier sollen die Nachtheile des Vertrauensbruchs nicht den gutgläubigen Erwerber, sondern den Eigenthümer treffen. Letzterer verliert daher sein Eigenthum definitiv in dem Momente, wo der gutgläubige Erwerb sich vollzieht.

Sodann bestimmt Art. 206: « Gestohlene oder verlorene Sachen können binnen fünf Jahren, vom Tage des Abhandenkommens an gerechnet, jedem Inhaber abverlangt werden. Ist eine solche Sache an öffentlicher Steigerung, auf einem Markte oder von einem Kaufmanne, welcher mit derartigen Waaren handelt, gutgläubig erworben worden, so muß sie nur gegen Vergütung des dafür bezahlten Preises herausgegeben werden.» Während Art. 205 den gutgläubigen Besitz an Mobilien schlechthin ausschließt,[1]) ist derselbe nach dem oben citirten Artikel sogar in doppelter Weise möglich:

1. Durch gutgläubigen Erwerb einer gestohlenen oder verlorenen Sache entsteht ein der römischen b. f. possessio verwandtes Rechtsverhältniß: der gutgläubige Erwerber wird, falls die Vindication binnen der fünfjährigen Verjährungsfrist nicht erfolgt, ohne Weiteres Eigenthümer. Er hat also eine, von seiner nachherigen fides unbeeinflußte spes auf Eigenthumserwerb. Letzterer qualifizirt sich aber nicht als longo tempore capio, sondern beruht auf der Verjährung der rei vindicatio, welche schon mit dem Augenblick zu laufen beginnt, wo die Sache dem

[1]) **Der gutgläubige Erwerber ist eo ipso Eigenthümer.**

Eigenthümer wider seinen Willen abhanden kam. Am treffendsten bezeichnen wir daher jenes Rechtsverhältniß als Verjährungsbesitz und können es nach seinem rechtlichen Charakter mit der b. f. possessio des römischen Rechts auf eine Linie stellen.

2. Wurde die Sache an einer öffentlichen Steigerung, auf einem Markte, oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, gutgläubig erworben, so muß sie nur gegen Ersatz des Kaufpreises dem Eigenthümer herausgegeben werden. Im Interesse der Verkehrsicherheit wird in den genannten Fällen das für die Erwerbung der Sache ausgelegte Geld zu den impensæ necessariæ gerechnet und damit dem Verjährungsbesitz ein konstanter Minimalwerth garantirt. Im Uebrigen ist dieses Rechtsverhältniß dem obigen analog.

Der tessinische Gesetzgeber wollte hier auch ein Wörtchen mitreden und stellte in Art. 924: Chi possiede in buona fede una cosa mobile pel decorso di tre anni ne acquista il dominio — eine den Art. 205 und 206 O. R. direkt widersprechende Bestimmung auf. Dergleichen mit O. R. unvereinbare und daher ungiltige Normen finden sich übrigens im C. C. T. und namentlich im Kapitel über die Verjährung noch mehrere.[1])

---

[1]) Vgl. namentlich die Art. 930 und 933. — Diese legislatorischen Versehen lassen sich erklären und einigermassen entschuldigen im Hinblick auf die kurze Spanne Zeit zwischen der Erlassung des O. R. und des tessinischen Civilcodex; denn wiewohl letzterer nur in einzelnen Parthien auf Originalität Anspruch machen kann, im Grossen und Ganzen aber nach französischem Muster zugeschnitten ist, so war es eben doch rein unmöglich, binnen Jahresfrist ein so umfassendes Gesetzeswerk fehlerfrei zu erstellen. Der Vorwurf, den man mit Recht gegen den Verfasser des C. C. T. erheben darf, ist nur der, dass er sich des Umfangs und der Schwierigkeit seiner Anfgabe nicht bewusst war und den Stab in gewissem Sinne über's Knie gebrochen hat; doch „errare humanum est“.

Ich kann darüber hinweggehen und wende mich zu Art. 208 O. R.: « Vorbehältlich der Bestimmungen des vorhergehenden Artikels ist der Eigenthumsanspruch ausgeschlossen:

1. Bei Banknoten und verfallenen Coupons.

2. Bei Inhaberpapieren, welche gegen Entgelt und in gutem Glauben aus Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigenthumsklage nicht zuläßt.»

Obwohl der Staat die Banknoten als gesetzliche Zahlungsmittel nicht anerkennt, so haben dieselben doch im Verkehr die Bedeutung solcher erlangt. Die Note hat vor dem Metallgeld die leichtere Transportabilität voraus uud ist infolge dessen bei dem gewaltigen Geldverkehr unserer Zeit unentbehrlich. So lange nun die Schweiz nicht eine genügende Zahl *staatlicher* Noten in Cirkulation setzt,[1]) so muß sie eben die *Noten der Privatbanken* mit den Vorzügen des Staatsgeldes ausstatten. Letzteres ist der Vindication nicht mehr unterworfen, sobald eine Vermischung mit anderen Münzen stattgefunden hat. Diese Bestimmung nun überträgt Art. 208 mit einer wesentlichen Modifikation auf die Banknoten und verfallenen Coupons, sowie auf Inhaberpapiere, welche gegen Entgelt aus Ländern erworben wurden, deren Gesetzgebung die Eigenthumsklage nicht zuläßt. Vorbehalten ist jedoch Art 207: « Der bösgläubige Erwerber muß die Sache stets herausgeben . . . .» Somit ist der gutgläubige Erwerber[2]) obiger Effekten sofort Eigenthümer, gleichviel in welcher Weise dieselben dem früheren Eigenthümer abhanden gekommen sind.

Endlich bestimmt Art. 209 O. R.: « Werden Waaren durch Lagerscheine, Ladescheine oder ähnliche Papiere

---

[1]) Nach Art. 39 B. V. ist dies zur Zeit noch unzulässig.

[2]) Bei Geldstücken erwirbt dagegen auch der Dieb Eigenthum.

vertreten, so gilt der gutgläubige Erwerber des Scheines als Eigenthümer der Waare. Steht ihm aber ein gutgläubiger Besitzer der Waare selbst gegenüber, so geht dieser Letztere mit seinem Eigenthumsanspruch oder sonstigen dinglichen Rechte vor.»

Ich erkenne hierin blos eine Zusatznorm zu Art. 205, des Inhalts, daß der gutgläubige Erwerber eines Vertretungsscheines dem gutgläubigen Erwerber einer Sache gleichzuachten sei, d. h. vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene und verlorene Sachen Eigenthümer der vertretenen Waaren werde. Gegenüber dem gutgläubigen Besitzer [1]) der Waare selbst ist natürlich eine Vindication seitens des Inhabers des Vertretungsscheines undurchführbar; denn ersterer kann ihr die Einrede des gleichguten Erwerbs entgegenstellen.

Der Uebersichtlichkeit halber fasse ich meine bisherigen Ausführungen kurz zusammen:

1. In Betreff der *Immobilien* ist der gutgläubige Besitz gleichgeartet, wie die römische b. f. possessio.

2. Was die *beweglichen Sachen* anlangt, so sind drei Fälle zu unterscheiden:

a) Hat der Eigenthümer freiwillig die Detention des mobile aufgehoben, so succedirt der gutgläubige Erwerber eo ipso in alle seine Rechte.

b) Ist dem Eigenthümer die Sache wider seinen Willen (durch Diebstahl oder Verlust) abhanden gekommen, so erhält der gutgläubige Erwerber *in allen Fällen* Präscriptionsbesitz, der seinem Wesen nach mit der römischen b. f. possessio annähernd übereinstimmt.[2]) *Ausnahmsweise* (beim Erwerb an öffentlicher Steigerung etc.)

[1]) Besser: Dem gutgl. Erwerber der Waare selbst, welcher letztere (gleichviel ob bona oder mala fide) besitzt.

[2]) Durch Besitzesverlust wider Willen wird die Ersitzung jedoch nicht unterbrochen.

hat er im Falle der Vindication Anspruch auf Ersatz des Kaufpreises.

Das sub litt. *a* und *b* Gesagte gilt auch für gutgläubig erworbene Vertretungsscheine, mit der Beschränkung, daß Derjenige, welcher die betreffenden Waaren selbst durch gutgläubigen Erwerb in seinen Besitz gebracht hat, gegenüber dem Inhaber des Vertretungsscheines den Vorzug hat.

c) Banknoten, verfallene Coupons und gewisse Inhaberpapiere können dem gutgläubigen Erwerber nie evinzirt werden und ist derselbe daher unter allen Umständen Eigenthümer.

II. Das Klagrecht des gutgläubigen Besitzers.

In Bezug auf diesen Gegenstand konnte ich im C. C. T. eine ausdrückliche Bestimmung nicht ausfindig machen Da indessen hinsichtlich der Immobilien der gutgläubige Besitz den nämlichen Rechtscharakter zeigt, wie die b. f. possessio des römischen Rechts, so ist mit Grund anzunehmen, daß er auch den gleichen Rechtsschutz genieße, wie diese letztere. Es kann somit diesfalls füglich auf Kapitel II hievor verwiesen werden.

Auch der Bundesgesetzgeber hat unterlassen, Normen über die Klagberechtigung des gutgläubigen Besitzers aufzustellen. Blos in Art. 209 O. R. wird wenigstens andeutungsweise der actio Publiciana gedacht und zwar erhält danach, in Abweichung vom römischen Recht, von zwei gutgläubigen Erwerbern immer der gegenwärtige Besitzer den Vorzug.[1])

Da die Ausnahme nur die Regel zu bestätigen pflegt, so halte ich mich zu dem Schlusse berechtigt, daß im

[1]) **Nach der allgemein adoptirten Meinung Ulpians geht der ältere Besitzer dem gegenwärtigen vor, sofern beide ihren Besitz von demselben Auctor herleiten.**

Uebrigen, soweit es das Gebiet der Publiciana betrifft, die Grundsätze des römischen Rechts in Anwendung kommen müssen. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: A. hat eine gestohlene Sache in gutem Glauben erworben und vor Ablauf der fünfjährigen Vindicationsfrist wieder verloren. Kann er dieselbe vom bösgläubigen Erwerber (z. B. vom Finder) publicianisch einfordern? Ohne Zweifel! Wenn Letzterer sie aber an den gutgläubigen B. weiter veräußert, so dringt A. gegen Letzteren nur dann durch, wenn die Veräußerung nach Ablauf der dem bestohlenen Eigenthümer zustehenden Vindicationsfrist geschah (denn in diesem Falle ist A. bereits Eigenthümer geworden).

Ist der gutgläubige Besitzer [1]) zur Klage wegen schuldhafter Sachbeschädigung legitimirt? Auf diese Frage gibt O R. keine direkte Antwort, und muß ich demnach auf Umwegen eine solche zu erlangen suchen. Zu diesem Behufe ist es nothwendig, auf das Wesen des gutgläubigen Besitzes zurückzugehen. Nach Art. 206 O. R. nun begründet der gutgläubige Erwerb einer gestohlenen oder verlorenen Sache eine spes auf Eigenthumserwerb.[2]) Diese spes hat ohne Zweifel Vermögenswerth. Wird sie zu nichte gemacht oder nachtheilig alterirt, so bedeutet dies für den gutgläubigen Besitzer eine Vermögensverminderung, bezüglich welcher Art. 50 O. R. Anwendung findet; derselbe lautet: «Wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.» Selbstver-

[1]) Darunter verstehe ich ausschliesslich den gutgläubigen Erwerber einer gestohlenen oder verlorenen Sache, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe nach dem Erwerb den guten Glauben behält oder nicht.

[2]) Der Eigenthumserwerb ist suspensiv bedingt; die Bedingung ist erfüllt, sobald die fünfjährige Vindicationsfrist unbenützt verstrichen ist.

ständlich kann auch der Eigenthümer wegen schuldhafter Beschädigung seiner Sache klagen, wiewohl er dieselbe nicht besitzt. Der Umfang des beidseitigen Klagrechts ist verschieden, je nachdem der gutgläubige Besitzer an einer Steigerung etc. gekauft hat oder nicht. Ersterenfalls muß der Damnifikant dem redlichen Besitzer mindestens den Kaufpreis ersetzen; im Uebrigen bestimmt der Richter (gemäs Art. 51 O. R.) die Höhe des Schadensersatzes nach billigem Ermessen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das von Ihering aus dem römischen Rechte entwickelte Theilungsprinzip auch dem O. R. nicht fremd ist. Dieses Gesetzbuch hat jedoch die Anwendung desselben auf ein so enges Gebiet eingeschränkt, daß dieselbe kaum zu irgend welchen Befürchtungen Anlaß bieten dürfte.

III. Das Fruchtrecht des gutgläubigen Besitzers.

Art. 242 des C. C. T. bestimmt: « Il possessore di buona fede fa suoi i frutti e non è tenuto a restituire se non quelli che gli siano pervenuti dopo la domanda giudiziale. »

Der erste Theil dieses Artikels stimmt mit dem gemeinen Recht überein; der gutgläubige Besitzer erwirbt, so lange er bona fide ist, das Eigenthum der Früchte und zwar darf angenommen werden, daß sich der Eigenthumserwerb sofort mit der Separation vollziehe.

Der zweite Theil bezieht sich auf die Restitution der Früchte und fällt daher für uns außer Betracht.[1]) O. R. enthält keine spezielle Bestimmung über den Fruchterwerb. Daraus aber, daß zum Eigenthumserwerb an gestohlenen und verlorenen Sachen bona fides nur zur

[1]) Er weicht übrigens vom römischen Recht bedeutend ab: Aus der Zeit vor dem Prozessbeginn braucht der gutgläubige Besitzer keine Früchte herauszugeben.

Zeit des Besitzerwerbs gefordert wird, darf nicht gefolgert werden, daß für den Fruchterwerb von jenem Erforderniß abzusehen sei. Auch hier gilt der Satz des Pomponius: « Verendum ne non sit b. f. possessor quamvis capiat.

IV. Die Haftung des gutgläubigen Besitzers.

Da es sich in diesem Abschnitt um die Entstehung von Obligationen handelt, so fällt die Aufstellung bezüglicher Normen in die ausschließliche Kompetenz des Bundesgesetzgebers. Derselbe bestimmt in Art. 67 O. R.: « Der *Eigenthümer* eines Gebäudes oder eines anderen Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht. Im letztern Falle bleibt ihm der Rückgriff nach Maßgabe des Art. 362 gegen den Erbauer vorbehalten.»

Damit ist die römische cautio damni infecti überflüssig geworden: der Eigenthümer des gefahrdrohenden Werkes haftet ex lege für den durch dessen Einsturz verursachten Schaden. Es liegt in der Natur der Sache, daß der gutgläubige Besitzer[1]) in der nämlichen Haftung steht, wie der Eigenthümer. Dasselbe gilt auch in Bezug auf Art. 68: «Wer von dem Gebäude oder Werke eines Anderen mit Schaden bedroht ist, kann von dem *Eigenthümer* verlangen, daß er die erforderlichen Maßregeln zur Abwendung der Gefahr treffe......» Wie unbillig wäre es, den gutgläubigen Besitzer, der allen Vortheil (Miethzins etc.) von dem Gebäude zieht, der Unterhaltung desselben zu entheben und damit den Eigenthümer zu belasten, dem seine Sache vielleicht nicht den geringsten Nutzen gewährt!

[1]) **Hier haben wir es wieder mit dem gemeinrechtlichen b. f. possessor zu thun, da C. C. T. in dieser Richtung massgebend ist.**

Wir dürfen daher, um nicht den Vorwurf der Wortklauberei (verba tractare) auf uns zu laden, jene freiere Auslegung der angeführten Artikel nicht von der Hand weisen.

Auch in Betreff der Noxalklagen läßt uns O. R. nicht im Stiche. Art. 65 bestimmt: «Für Schaden, welchen ein Thier anrichtet, haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht beweist, daß er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe .....» Hier kommt für die Frage der Haftung einzig das Schuldmoment in Betracht; es wird eine Präsumption für die Schuld Desjenigen aufgestellt, der das caput noxium detinirt, ohne Rücksicht auf seine rechtlichen Beziehungen zu letzterem. Im Art. 66 wird überdies ein Retentionsrecht zu Gunsten des beschädigten Grundeigenthümers statuirt.

Die Haftung des gutgläubigen Besitzers nach O. R. steht somit außer Zweifel.

Ich habe nun den gutgläubigen Besitz nach dem Recht meines Heimatkantons kurz skizzirt und erlaube mir im Anschluß noch einige kritische Worte.

Nach meinem Dafürhalten haben der Bundes- und Kantonalgesetzgeber im Allgemeinen ihre Sache ordentlich gemacht. Nur hat Ersterer über das Fruchtrecht (in Bezug auf Hausthiere etc.), Letzterer über die rechtliche Stellung des gutgläubigen Besitzers keine Bestimmungen getroffen, so daß Zweifel darüber bestehen können, was eigentlich Rechtens sei. Einsichtvolle Richter zwar werden sich leicht zu helfen wissen und hätten wir ihrer recht viele, so wäre auf dem Gebiet der Rechtspflege erreicht: finis solicitudinis.



